

La  
**Volonté dans le Contrat**  
suivant le Code civil

---

ESSAI D'UNE CONSTRUCTION NOUVELLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

SOUTENUE DEVANT

LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le Jeudi 21 Avril 1921, à 14 heures 30

PAR

**ROBERT PONCEAU**

*Ancien professeur de Philosophie au Lycée d'Annecy*

Les lois doivent être distinguées en deux  
sortes selon qu'elles lient par similitude les  
événements qui coexistent ou par filiation  
ceux qui se succèdent... d'où résulte dans  
toute science réelle, une différence fonda-  
mentale entre l'appréciation *statique* et  
l'appréciation *dynamique*.

AUG. COMTE.

(*Discours sur l'Esprit positif*, 18.)

---

[*Thiers Lyon*]  
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE ARTHUR ROUSSEAU

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1921



# LA VOLONTÉ DANS LE CONTRAT

SUIVANT LE CODE CIVIL

---

*ESSAI D'UNE CONSTRUCTION NOUVELLE*

UNIVERSITÉ DE LYON

---

FACULTÉ DE DROIT

---

*Professeur honoraire :*

M. APPLETON (Charles), ✱, I. 🌿, professeur honoraire.

---

*Professeurs titulaires :*

MM.

JOSSERAND, I. 🌿, doyen, professeur de Droit civil.  
APPLETON (Jean), ✱, I. 🌿, ✱, professeur de Droit administratif.  
ANTONNELLI, ✱, I. 🌿, professeur d'Histoire des Doctrines économiques.  
BOUVIER (E), I. 🌿, professeur de Science financière et de Législation française des finances.  
BOUVIER-BANGILLON, I. 🌿, professeur de Procédure civile.  
COBENDY, A. 🌿, chargé de cours de Droit commercial.  
GARRAUD, ✱, I. 🌿, ✱, correspondant de l'Institut, professeur de Droit criminel.  
GONNARD, I. 🌿, professeur d'Economie politique.  
HUVELIN, I. 🌿, professeur de Droit romain.  
LAMBERT, A. 🌿, professeur d'Histoire générale du Droit français.  
LAMEIRE, I. 🌿, professeur d'Histoire de Droit public et de Droit administratif.  
LÉVY, ✱, I. 🌿, professeur de Droit civil.  
PIC (Paul), O. ✱, I. 🌿, professeur de Droit international public et de Législation industrielle.  
PICARD, A. 🌿, professeur de Droit civil.  
PERROUD, professeur de Procédure civile.

---

M. BECQ (J.), I. 🌿, secrétaire de la Faculté.

---

MEMBRES DU JURY

---

*Président :* **M. HUVELIN.**

*Assesseurs :* **MM. LÉVY ; GOBLOT**, professeur de Philosophie  
à la Faculté de Lyon.

---

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

La  
**Volonté dans le Contrat**  
suivant le Code civil

---

ESSAI D'UNE CONSTRUCTION NOUVELLE

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

SOUTENUE DEVANT

LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le Jeudi 21 Avril 1921, à 14 heures 30

PAR

**ROBERT PONCEAU**

*Ancien professeur de Philosophie au Lycée d'Annecy*



Les lois doivent être distinguées en deux sortes selon qu'elles lient par similitude les événements qui coexistent ou par filiation ceux qui se succèdent... d'où résulte dans toute science réelle, une différence fondamentale entre l'appréciation statique et l'appréciation dynamique.

AUG. COMTE.

(*Discours sur l'Esprit positif*, 18.)

---

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE ARTHUR ROUSSEAU

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

—  
1921

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                       | Pages |
|-----------------------|-------|
| INTRODUCTION. . . . . | 1     |

### CHAPITRE PREMIER

|                                                                                                         |   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| La volonté et les conditions essentielles à la formation du<br>contrat. — Théorie de la cause . . . . . | 9 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

### CHAPITRE II

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| La volonté dans les théories de la rétroactivité et du risque. . . . . | 29 |
|------------------------------------------------------------------------|----|

### CHAPITRE III

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| La volonté et les actions directes . . . . . | 49 |
|----------------------------------------------|----|

|                      |    |
|----------------------|----|
| CONCLUSION . . . . . | 65 |
|----------------------|----|

---

## PRÉFACE

---

Au cours de cet exposé, il sera fait à plusieurs reprises allusion au rôle du principe de causalité en droit civil. Nous devons donc avant tout indiquer ce que nous entendons par là. Non que ce soit absolument une nouveauté : telle que nous la comprenons, cette théorie nous paraît offrir une étroite parenté, notamment avec quelques-unes des idées mises en lumière par M. Huvelin (1). Mais nous avons cherché à faire de ce principe le centre de toute une construction relative à la nature et aux effets du contrat.

En ce qui touche à la nature du principe de causalité, personne aujourd'hui, ni parmi les savants, ni parmi les logiciens, ne saurait plus se contenter d'y voir l'expression d'un simple rapport d'antécédent à conséquent. La causalité ne peut être bien comprise, dans la nature que comme le passage d'un système d'équilibre à un autre système d'équilibre (2). Or telle est précisément la nature que nous reconnaitrons à la causalité dans le droit. Elle dérive de l'ordre social si l'on veut bien prendre ce terme dans son sens à la fois le plus large et le plus profond. Il s'agit de conserver l'équilibre des intérêts, la balance des prestations réciproques et des activités respectives. Identité, non

---

(1) Voyez *Les Tablettes magiques et le droit romain*, passim. Article *Obligatio* dans le *Dictionnaire des Antiquités*, de Daremberg et Saglio.

(2) Cf. Lachelier, *Fondement de l'Induction*, et Boutroux, *L'Idee de Loi naturelle*.

certes, puisqu'il est question là de phénomènes physiques et d'ordre naturel, ici de phénomènes sociaux et d'ordre social. Mais analogie à coup sûr.

Il nous a donc semblé qu'une construction serait possible où viendrait graviter autour du principe de causalité ainsi défini, un grand nombre de notions anciennes ou récentes qui, ainsi, se rattacheraient à une idée commune, de près ou de loin, en totalité ou seulement pour partie, savoir : la cause de l'article 1131 Code civil, le principe de l'action « de in rem verso » la théorie des dommages et intérêts en matière de contrat, délit et quasi-délit, celle du quasi-contrat dans son ensemble, celle des indemnités en matière de servitudes (1) et particulièrement de servitudes de passage (2) celle de l'obligation unilatérale et de la sollicitation celle encore de la responsabilité précontractuelle et de l'abus des droits — et enfin le principe d'après lequel, il n'y a pas d'action sans intérêt.

Et nous nous sommes demandé si, au lieu de fonder la théorie des obligations sur l'idée trop étroite de volonté il ne vaudrait pas mieux, même dans le contrat, lui donner surtout comme base l'idée de cause. Dans cette recherche nous n'avons fait appel que dans une mesure très restreinte aux indications apportées par le développement de la jurisprudence en tant qu'elle exprime l'évolution de la vie juridique même. Sans doute le droit est partout. Nous y sommes, nous nous y mouvons même à notre insu et sans y penser. Mais c'est dans le code civil, malgré son étroitesse et son insuffisance à beaucoup d'égards que nous avons cherché à mettre en valeur les lignes principales de notre doctrine et à montrer l'importance de la causalité.

Dans cette conception que nous n'avons pu qu'ébaucher

---

(1) Voyez not. Code Civil, art. : 641, 642, 658. Lois 20 avril 1845, art. 2 ; 11 juillet 1847, art. 1 ; 10 juin 1854, art. 1.

(2) Code Civil, art. 682, texte primitif ou de 1881.

ici, le point essentiel à nos yeux aurait été de faire apparaître dans l'ordre statique l'une de ces lois qu'Aug. Comte dans la 50<sup>e</sup> leçon de son cours de philosophie positive semble avoir cherchées en vain. Le principe d'équilibre ou de causalité pourrait en effet être tenu pour une loi sociale véritable, non pas simple exigence de notre esprit, mais loi objective dégagée par analyse inductive et sur laquelle reposerait en somme la plus grande partie des rapports juridiques. Bref nous y verrions volontiers l'un des fondements scientifiques nécessaires à une doctrine philosophique du droit civil,

---



## INTRODUCTION

---

Les jurisconsultes romains, profondément pénétrés des idées philosophiques de leur temps, et surtout des doctrines aristotéliciennes et stoïciennes, se sont plu à faire dans tous les domaines du droit une place importante à la volonté humaine. Peut-être d'ailleurs y étaient-ils déjà inclinés par le génie propre de leur race (1). Aussi les théories juridiques qu'ils ont construites et que d'âge en âge la tradition a portées jusqu'à nous, ramènent-elles à chaque instant l'esprit à la considération de la volonté.

L'influence de la volonté est déjà visible dans l'institution de la famille et de la parenté légitimes. On sait en effet que le mariage en est le principe et que le mariage ne peut se former juridiquement sans le libre et plein consentement des époux (2). De même la propriété en elle-même est définie par le code civil, le « droit de *disposer* des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements » (3). Et les modes principaux de transmission qui s'y appliquent mettent encore la volonté en jeu (4). Quant à la possession, c'est un fait bien connu qu'elle aussi elle suppose un acte de volonté (5).

---

(1) Voyez Ihering, *Esprit du droit romain*, Trad. Meulenaere, notamment t. I, p. 108 sqs ; t. II, p. 128, 141, 157 sqs.

(2) Code Civil, art. 146 et 180.

(3) Art. 544.

(4) Art. 711 : La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.

(5) Cf. art. 2229.... « à titre de propriétaire ».

Mais c'est surtout dans les obligations que l'importance de la volonté se manifeste. Pour celles qui ne dérivent pas d'un contrat, elles naissent en général soit d'une intention de nuire — la faute proprement dite — soit d'une défaillance de la volonté — la négligence. Bien plus, pourrait-on dire, même les théories plus récentes de la responsabilité objective semblent encore admettre comme base la volonté plus ou moins consciente et nettement définie d'assumer certains risques. Enfin les quasi-contrats sont eux aussi des faits volontaires, et c'est même par ce trait que l'article 1371 cherche à les caractériser (1). En particulier dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est la volonté unilatérale de se charger d'une affaire qui engendre l'obligation de continuer la gestion et même de s'occuper de toutes ses « dépendances » (2).

Si maintenant nous arrivons au contrat lui-même, il semble que cette théorie qui constitue peut-être à elle seule la partie la plus considérable de l'héritage laissé par les juriconsultes romains, soit par excellence le monument élevé à la gloire de la volonté individuelle. L'article 1134 paraît autoriser cette conception en déclarant que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et beaucoup d'autres articles semblent confirmer et développer cette même idée : « On doit dans les conventions, dit l'article 1156, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » « Toutes les clauses des conventions, dit l'article 1161, s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. » « Quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, déclare l'article 1163, elle ne comprend que les

---

(1) Art. 1371 : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

(2) Code Civil, art. 1372.

choses sur lesquelles il paraît que les parties se *sont proposé* de contracter. « Et inversement, ajoute l'article 1164, « lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé *avoir voulu* par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. »

Ces termes et beaucoup d'autres à peu près semblables épars au livre III du Code Civil, paraissent bien donner comme principe au contrat la volonté (explicite ou même implicite) des parties contractantes. C'est cette volonté que le juge devra rechercher dans l'interprétation des clauses et dispositions, en faisant prévaloir l'esprit sur la lettre, la signification vraie sur l'expression verbale toujours imparfaite. Préciser cette volonté sans rien en retrancher toutefois, déterminer sa valeur, sa portée, ses conséquences, envisager ses effets suivant les circonstances et les besoins de la cause, tel sera son unique devoir. Et s'il en était réellement ainsi, une conclusion s'imposerait : *c'est que la volonté commune des parties formerait en fait l'idée et l'essence du contrat.*

Pourtant cette doctrine est-elle bien celle du Code civil envisagé dans son ensemble? Telle est la question que nous nous proposons de résoudre. Si nettement limitée et si modeste qu'elle puisse paraître de prime abord, on aperçoit vite combien de questions particulières et combien de vastes problèmes généraux se trouvent ainsi mis en jeu. Nous ne les toucherons que dans la mesure où il sera nécessaire.

Remarquons dès maintenant que dans les articles précédemment cités, si le législateur de 1804 a cru bon de proclamer la souveraineté de la volonté dans le contrat, il y était presque en dépit de lui-même conduit par les théories individualistes du XVIII<sup>e</sup> siècle et en particulier par la doctrine du contrat social. On voit aisément quel lien unit les deux idées : celle du contrat social, et celle de la volonté principe du contrat. Si l'état social est sorti d'un contrat et suppose un contrat, le contrat apparaît dans le droit

comme une base absolument première. La loi au sens large ou étroit du mot n'est plus qu'une sorte de contrat formé soit directement par les membres de la société, soit indirectement par leurs représentants. Tout se ramène toujours et partout à l'union de plusieurs volontés individuelles. Non seulement le contrat s'explique par lui-même et par lui seul, mais encore du même coup il explique la nature et la forme de la société, l'organisation et les institutions sociales.

Les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle eurent la gloire non pas de créer la doctrine individualiste puisqu'elle se trouvait déjà dans le *Leviathan* de Hobbes, mais bien de l'imposer à l'attention générale et d'en déduire avec un rare talent toutes les conséquences. Et pourtant — ce qui ne laisse pas de provoquer quelque surprise — ils ne se sont même pas demandé ce qui pourrait bien assurer le respect du contrat, si le contrat est antérieur à la loi, et disons mieux : si la loi n'est elle-même qu'un contrat. Bien plus : si la pensée de cette question leur était venue à l'esprit, ils n'auraient sans doute pas hésité sur la réponse à faire. Ils auraient justifié le contrat en faisant appel à cette idée familière à leur temps d'un droit naturel supérieur à toute législation positive. Encore tout pénétrés du rationalisme cartésien, ils se représentaient volontiers les principes juridiques comme imprimés pour ainsi dire dans l'esprit à la manière de toute idée innée. Le contrat, auraient-ils dit, trouve une garantie suffisante dans la raison de chacun. La bonne foi nécessaire à tout engagement nous est inspirée par la nature elle-même ; car « l'homme est bon sortant des mains de la nature ». La voix céleste et divine dont parle le Vicaire Savoyard est à elle-même sa propre justification. De même qu'elle nous enseigne nos obligations morales, elle nous imposera le respect de la parole donnée. Quelle base plus solide pourrait-on chercher pour le contrat ?

Les hommes du XVIII<sup>e</sup> siècle s'en tiennent à ces notions. Ils ne s'inquiètent pas de savoir comment tout l'édifice

social pourrait reposer sur le contrat quand le contrat lui-même n'est en dehors de toute société que la rencontre passagère, fugitive et peut-être purement apparente de deux volontés. Ils ne cherchent pas ce qui assure à ces volontés la continuité, la permanence, la fixité sans lesquelles le contrat ne serait plus qu'un mot vide de sens. Il leur suffit pour tout expliquer, et la société, et la loi et le contrat, de parler d'un accord des volontés entre elles.

Comment les rédacteurs du Code civil ne seraient-ils pas restés attachés aux formules essentielles de la doctrine individualiste ? Voilà pourquoi, à lire certains passages de notre code on pourrait croire que dans le contrat tout se ramène à l'acte volontaire et qu'il suffit de faire l'analyse de ce simple fait psychologique pour trouver la solution exacte et complète de toutes les questions comprises dans la théorie du contrat.

Que valent ces déclarations de principe ? Il n'est pas possible de répondre dès maintenant à cette question. Pourtant il est certain déjà que les rédacteurs du Code civil n'ont pas été jusqu'au bout de la doctrine individualiste et la preuve s'en trouve dans les termes même de cet article 1134 que nous avons cité dès le début. Il ne dit pas que les conventions soient par elles-mêmes des lois, moins encore que les lois se réduisent à des conventions. Il déclare tout au contraire que les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites. Ainsi le contrat se trouve distingué de la loi, et bien plus, la loi apparaît comme une garantie nécessaire au contrat. C'est la loi qui imprime à l'accord des volontés sa force obligatoire et lui procure une sanction. L'accord des volontés n'est plus rien par lui-même : il a besoin pour devenir un contrat, c'est-à-dire un fait juridique, de l'intervention de la loi. Comme conséquence, le contrat ne peut plus être conçu que dans une société déjà formée, et ne peut exister sans une autorité gardienne de la bonne foi et capable d'en imposer matériellement le respect. Bref on reconnaît à la loi une priorité à la fois logique et historique

sur le contrat, — et c'est en un sens la négation même de la doctrine du contrat social.

Il ne faut pas oublier non plus que l'un des soucis du législateur a été de bien marquer la différence du contrat moderne avec le contrat du droit romain primitif. Aux premiers siècles de Rome les solennités avaient, comme on sait, le pouvoir de créer des obligations même en l'absence d'une volonté véritable. La forme la plus ancienne du contrat semble bien avoir été d'essence purement religieuse — comme le montrent d'ailleurs les termes qui désignaient à Rome les premières ébauches du contrat. *Sponsio* par exemple dérive de *σπονδη* qui en grec signifie libation, et désigne les libations qui accompagnent un serment, un sacrifice, une prière (1). Au témoignage de Denys d'Halicarnasse, la *sponsio* fut tout d'abord un serment prêté par les débiteurs sur l'autel d'Hercule, et l'on peut dire par conséquent que le contrat est né, en quelque sorte sur l'autel des dieux. C'est sans doute par ce caractère religieux que s'explique en grande partie l'importance des solennités dans la formation des contrats antiques. Le contrat moderne tout au contraire est consensuel : l'élément religieux en a disparu et ce sont des idées morales et politiques (celles par exemple de la dignité humaine et de la liberté du vouloir) qui, au XVIII<sup>e</sup> siècle, en ont pris la place par l'effet d'une lente évolution. Aussi paraît-il naturel de mettre au premier plan la volonté et le consentement dans la théorie du contrat moderne. Et c'est sans doute ce qu'a voulu faire le législateur dans la plupart des articles que nous avons cités.

Mais sa pensée selon toute apparence n'a pas été plus loin. Voilà pourquoi, si l'on veut savoir quelle importance la volonté et le consentement présentent réellement dans la théorie du contrat suivant le Code civil, sans doute ne faut-il pas attacher trop d'attention à des expressions aux-

---

(1) Voyez *Dictionnaire des Antiquités grecques* de Pierre Paris, au mot *σπονδη*. Voyez également Daremberg et Saglio au mot *stipulatio*.

quelles le législateur n'a pas prêté le même sens que nous. Il vaut mieux ne tenir compte que des faits et soumettre à un examen attentif le détail des théories construites par le législateur pour le contrat et autour du contrat. Le tout peut-il sortir de l'analyse de l'acte volontaire par un simple travail de déduction? ou bien au contraire y a-t-il un assez grand nombre de règles et de dispositions qui viennent sans aucune équivoque à l'encontre de ces déductions logiques? Voilà notre sujet. Notre intention n'est donc pas, sous prétexte d'interpréter la théorie du Code civil sur le contrat, de développer la thèse de l'autonomie de la volonté, du Willensdogma, comme disent les juristes allemands. Elle n'est pas non plus d'illustrer par quelques exemples la thèse de ses adversaires très nombreux en Allemagne et même en France. De propos délibéré notre ambition se limitera à préciser le rôle que peuvent jouer en fait la volonté et le consentement dans l'ensemble de la théorie du contrat telle que le présente notre Code civil (1).

---

(1) Sur la question de la Willensthéorie au point de vue de la doctrine elle-même, soit pour, soit contre, voyez les thèses de MM. Dereux: *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris 1905; Paul Roubier: *Responsabilité précontractuelle*, 1911; Xavier Perrin: *Conversion des actes juridiques*, 1911; Em. Gounot: *Le principe de l'autonomie de la volonté*, 1912. On y trouvera une bibliographie assez abondante des auteurs allemands: Brinz, Windscheid, Bülow, etc.



## CHAPITRE PREMIER

### **La volonté et les conditions essentielles à la formation du contrat. Théorie de la cause.**

On parle souvent de la volonté, comme si elle constituait un fait bien déterminé, aux contours précis, au contenu toujours semblable à lui-même. Bien différente est la réalité. Dans une assez large mesure, la volonté individuelle doit-être tenue pour une création sociale — on serait presque tenté de dire : pour une fiction nécessaire. Sans pousser trop loin un examen qui se rattache aux plus délicats problèmes de la psychologie et de la philosophie, il ne sera pas inutile, croyons-nous, de rechercher à quelles conditions la volonté prend un sens juridique, et ce qu'il peut y avoir nécessairement d'un peu arbitraire dans la supposition d'une volonté individuelle donnée entièrement et une fois pour toutes et demeurant en tout point la même en plusieurs moments du temps.

Nos modernes psychologues enseignent volontiers que tous les faits psychologiques, les sentiments, les émotions, les idées, les volontés et les sensations elles-mêmes sont d'éternels devenir. Le philosophe américain W. James n'hésite pas à les comparer aux flots de la mer qui tantôt s'élèvent et tantôt s'abaissent et changent de formes incessamment.

Sans doute une volonté paraît offrir une certaine stabilité, si par exemple on la compare au simple désir. Car la volonté — comme on l'a dit bien souvent depuis Descartes — n'est pas sans analogie avec l'affirmation. Nous

énonçons avec soin notre volonté, nous l'emprisonnons dans une formule, nous la rions à des mots, nous l'attachons à un objet, et c'est ainsi que la volonté se constitue et se distingue du désir. Le langage et l'attention en sont les ouvrières. Et cependant quelle résolution se conservera pendant plusieurs jours sans subir des changements plus ou moins profonds, plus ou moins clairement aperçus ? Puis-je vouloir aujourd'hui exactement ce que je voulais hier ? Oui — si je suis resté le même absolument, c'est-à-dire jusqu'aux moindres détails : ce qui est impossible, puisque le contenu de la conscience a changé. Non, dans le cas contraire, qui, seul, s'accorde avec l'observation. Quelque chose demeure souvent, il est vrai : une sorte de direction générale. Mais comme tout passe dans la conscience individuelle, l'acte volontaire participe lui aussi de cette universelle fluidité. Il perd insensiblement sa signification première qu'une autre peu à peu remplace, à l'insu du sujet lui-même. D'où l'incertitude des clauses verbales malgré une parfaite bonne foi de part et d'autre. Avec raison le Code les écarte dès qu'il existe un acte écrit (art. 1341 C. C.).

Or il est de l'essence du contrat de se développer dans l'avenir et d'imposer au temps une sorte de fixité. Si je contracte, ce n'est pas pour l'instant présent, mais pour plus tard.

*Non, l'avenir n'est à personne !*

*Sire, l'avenir est à Dieu.*

D'une certaine façon pourtant il est à celui qui contracte. Par le contrat je vends ou j'achète l'avenir, je prétends substituer la certitude à l'incertitude. Dans tout contrat on trouve une sorte d'assurance contre l'arbitraire et le caprice des parties en présence. *Stipulum apud verteres firmum appellabatur*, dit Paul : *stipulum*, terme archaïque qui signifiait ferme, durable, solide (1). La stipulation

---

(1) On a proposé récemment, il est vrai, une autre étymologie. *Stipulatio* dériverait de *stipula*, tige de roseau. A l'origine du contrat,

crée un engagement qui demeure identique à lui-même en dépit de toutes les vicissitudes et de tous les changements possibles dans les volontés des contractants. Chacune des parties doit désormais pouvoir compter sur l'autre.

Entre la volonté telle que nous l'avons décrite, et le contrat tel qu'il apparaît dans son principe, l'opposition est donc profonde. Le contrat peut bien être l'œuvre de ma liberté d'aujourd'hui, il ne m'en dessaisit pas moins de ma liberté pour demain. Le rôle le plus important du contrat est donc de limiter la volonté. Et c'est pourquoi « toute obligation est nulle (art. 1174), lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Une condition purement potestative s'énonce sous la forme : *si voluero* — si je veux. Exprimer une telle condition, c'est en réalité refuser de prendre un engagement : *il n'y a pas, il ne peut y avoir contrat tant qu'il n'y a pas limitation de la volonté pour l'avenir.*

La volonté que la loi demande au juge de rechercher est donc seulement celle qui existait au moment du contrat. A quoi, à ce moment-là, chacune des parties a-t-elle voulu s'engager ? Mais s'il est difficile de démêler tous les détails, tous les éléments et toutes les nuances d'une volonté actuelle, ne sera-t-il pas bien plus difficile encore de connaître une volonté passée ? Aussi ce que la loi prescrit au juge, c'est non pas de démêler exactement cette volonté (ce serait exiger l'impossible) mais bien de la reconstituer par une fiction. Il devra faire appel à tout un système de déductions et d'inductions, reconstruire par l'effort du raisonnement et de la logique ce qu'il ignore par ce qu'il connaît (1), ce qui n'est pas exprimé par ce qui est énoncé

---

les parties en présence de témoins au nombre de sept, rompraient une tige de roseau, et chacune en garderait une moitié par devers elle. Puis pour faire la preuve de la convention on rapprocherait les deux fragments dont les cassures devraient s'emboîter avec exactitude. Mais sans doute s'agit-il seulement d'une coutume propre à quelques peuplades. Rien ne prouve qu'elle ait existé à Rome.

(1) Voyez l'article 1349 : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

au contrat. Bref, il devra *substituer à la volonté vraie qu'il n'a aucun moyen de découvrir, une volonté fictive qu'il forme lui-même à l'aide de présomptions*. Et le législateur dans la section intitulée « De l'interprétation des conventions », c'est-à-dire dans les articles 1156 et suivants, s'attache à donner quelques exemples des faits sur lesquels le juge doit s'appuyer pour former ces présomptions — disons mieux, pour reconstituer fictivement la volonté des parties. Ainsi « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » — « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient *le plus à la matière* du contrat ». — « Ce qui est ambigu s'interprète par *ce qui est d'usage* dans le pays où le contrat est passé. » — « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y *sont d'usage* quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. » — Dans toutes ces dispositions et dans toutes celles du même genre, le Code n'a d'autre prétention que de donner aux juges quelques indications capables de l'inspirer par analogie. Mais ce qui pour nous, doit se dégager de l'étude de ces textes, c'est que la volonté que l'on cherche par ces moyens n'est pas la volonté réelle, et que l'intention présumée répond à une pure fiction. Le juge raisonne en partant de ce qui est exprimé au contrat. Mais il est autorisé par la loi elle-même à changer le sens normal de certains mots et de certaines clauses ; et bien plus, il peut se fondant sur l'usage et la logique ajouter au contenu de l'acte. Si le seul but, le but véritable de l'interprétation était de découvrir la volonté des parties, ne serait-il pas au moins surprenant de voir un juge, en raisonnant sur un système des plus arbitraires, *prétendre montrer aux parties elles-mêmes ce qu'elles ont voulu au moment du contrat* ? En réalité cette volonté qu'on leur attribue n'est pas la leur ; c'est seulement la volonté fictive que la loi prétend leur imposer. Et puisque l'intention est reconstituée par le juge uniquement au moyen de procé-

dés inductifs et déductifs, puisqu'alors il s'inspire de circonstances extérieures comme l'usage et l'habitude, ce n'est plus une intention individuelle et originale que le juge doit prétendre dégager, mais seulement une intention moyenne si l'on peut dire, et en un sens collective. Elle exprimera les idées et les volontés du législateur, du groupement social et du juge beaucoup plutôt que celles des contractants. Concluons : le rôle de la volonté individuelle dans le contrat est d'après l'esprit sinon la lettre du Code beaucoup plus apparent que réel. L'intention dont parlent tant d'articles du III<sup>e</sup> Livre, n'est pas l'intention vraie des parties mais un cadre légal ou social, ce que la loi impose par elle-même ou ce qu'elle emprunte à l'usage et à la coutume.

Mais il y a plus. Cette volonté estropiée et mutilée elle-même n'est pas toujours efficace. Car à la théorie des présomptions simples et des présomptions légales vient s'ajouter la théorie des nullités. Les dispositions prohibitives sont si nombreuses qu'il ne saurait être question de les énumérer. Pour la plupart elles n'ont pas leur raison d'être dans la nature de la volonté individuelle. Elles viennent du dehors, elles sont imposées au contrat par les principes propres à des institutions juridiques qui n'ont pas avec le contrat de rapport nécessaire : a) Beaucoup par exemple proviennent de la constitution attribuée à la famille. Toutes les règles relatives au mariage, à l'autorité maritale et à la capacité de la femme mariée, aux régimes matrimoniaux ; à la puissance paternelle, à la tutelle, à la minorité ; aux successions, à la quotité disponible, aux droits des enfants adultérins ou incestueux font naître des nullités dont le résultat est encore de resserrer le cadre où s'emprisonne la volonté individuelle. Ainsi l'article 1388 prononce que « les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants... ni aux dispositions prohibitives du Code civil ». Et l'on sait que notre jurisprudence pour frapper les sociétés en participation entre époux, invoque

justement cette raison qu' « elles établiraient entre eux une égalité incompatible avec l'exercice de l'autorité maritale et modifieraient leurs rapports d'intérêts au détriment de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). b) D'autres nullités dérivent de l'organisation de la propriété, c'est-à-dire du régime juridique relatif aux meubles ou aux immeubles, à l'usufruit, aux servitudes, à la possession, aux hypothèques et privilèges, enfin à la prescription. L'article 815 ramène à cinq ans la durée la plus longue pour laquelle on peut stipuler l'indivision. L'article 2220 interdit la renonciation à toute prescription future. Un principe implicitement admis par le Code prohibe la transmission de la propriété par un temps limité — *ad tempus*, suivant l'expression romaine. Et la loi du 25 juin 1902 fixe avec soin la durée du bail emphytéotique qui doit dépasser dix-huit ans — sans excéder pourtant quatre-vingt-dix-neuf ans. c) Mais les nullités les plus nombreuses semblent être encore celles qui ont leur origine dans cette notion si vague de l'ordre public à laquelle fait allusion l'article 6 du Code Civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » — Seules, déclare l'article 1128, « les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet d'une convention. » Or on ne peut même pas dire qu'une chose soit ou ne soit pas dans le commerce par l'effet de sa nature propre. C'est la loi et c'est la jurisprudence qui donnent ou enlèvent à une chose le caractère de la commercialité. — Autre exemple : « On ne peut, dit l'article 1130, § 2, renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. » — Enfin, c'est un adage bien connu que « nul ne peut même par stipulation expresse, se décharger de sa propre faute ». Plusieurs articles du Code n'en sont que des

---

(1) Notamment Civ. r., 7 mars 1888, D. P., 88, 1, 349. Req. 27 juin 1893, D. P., 93, 1, 488.

expressions particulières. Ainsi l'article 1780, § 5 (dans la rédaction que lui donne la loi du 27 décembre 1890): « Les parties ne peuvent renoncer au droit éventuel de demander des dommages et intérêts ». Et c'est encore la signification de l'addition faite par la loi du 17 mars 1905 à l'article 103 du Code de Commerce. Ce nouveau paragraphe concerne les avaries dont le voiturier est responsable en matière de transport de marchandises et il prononce que : « toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque est nulle. »

Telles sont donc, dans leurs traits généraux, les restrictions apportées à l'exercice de la volonté par le législateur lui-même. Si l'on veut bien nous permettre d'user ici d'un terme que la philosophie moderne (et surtout la philosophie bergsonnienne) a mis à la mode, nous pourrions dire, en manière de résumé que le législateur prépare pour la volonté individuelle un « schème » dans lequel elle est forcée d'entrer pour être efficace. Mais nous n'avons considéré jusqu'à présent qu'un contrat déjà formé auquel les présomptions et les nullités (1) venaient s'appliquer après coup. On va voir maintenant qu'au nombre des conditions essentielles à la formation du contrat, il en est au moins une qui ne dérive à aucun titre de la nature de la volonté et du consentement. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser cette notion de la cause juridique, si embarrassante et si embarrassée à certains égards, à laquelle sont consacrés les articles 1131, 1132 et 1133 du Code Civil.

\*\*\*

On dit souvent que la cause d'une obligation ne doit pas être confondue avec les motifs et les mobiles qui ont

---

(1) Nous ne parlons pas ici, bien entendu, de celles d'entre les nullités qui tiennent à un défaut de la volonté elle-même, par exemple le défaut ou les vices du consentement. Pour les distinguer, nous serions assez tenté de faire appel au terme d'inexistence admis, comme on sait, par quelques juristes en matière de mariage.

conduit les parties à contracter. Rien n'est plus exact si l'on prend cette affirmation dans un sens strict. Pourtant la cause, qui ne se confond pas avec l'ensemble des motifs et des mobiles, n'en est pas moins, sans nul doute, un motif. Et en effet, elle doit être présente à l'esprit de celui qui passe l'acte. Il faut même que la représentation qu'il en a, ne soit pas trop inexacte : autrement il y aurait obligation « sur fausse cause » comme s'exprime l'article 1131, et la sanction serait la nullité (1). Une cause fausse est, comme on sait, une cause purement apparente. Mais pour qu'une cause soit purement apparente, il faut que l'idée qu'on-s'en est faite ne réponde à rien dans la réalité : preuve que la cause doit exister tout d'abord comme idée, comme représentation dans l'esprit.

Poussons plus loin l'analyse. On peut répartir en trois catégories les motifs qui concourent à la formation d'un acte volontaire : 1° les motifs lointains et nettement antérieurs à la délibération du sujet avec lui-même. C'est là qu'on rangera les tendances générales du caractère, les sentiments, les habitudes, etc. Ce sont bien des causes au sens psychologique, mais non pas au sens juridique. 2° le but lointain également extérieur à l'acte volontaire proprement dit, but variable et contingent souvent inavoué — quelquefois même inaperçu de celui-là même qui prend la résolution, parce qu'il s'en dissimule la portée. Ce but exerce sur la volonté une grande influence. C'est encore une cause au sens psychologique, mais non pas au sens juridique ; 3° enfin les idées qui sans aucun intermédiaire accompagnent l'acte de décision, si bien liées à cet acte qu'elles font corps avec lui au point de ne pouvoir en être séparées, si ce n'est par l'effort d'une abstraction. Cette fois nous sommes en présence de la cause juridique proprement dite. Exemples : locataire, j'assume l'obligation de payer le prix mais la cause de

---

(1) Plus exactement l'inexistence. Voyez la note précédente.

cette obligation, c'est l'obligation correspondante de faire jouir — laquelle incombe à mon bailleur. C'est donc le résultat que j'avais en vue en contractant. — Vendeur, je prends à ma charge les obligations de délivrance et de garantie. Mais la cause de ces obligations, c'est le prix qui doit m'être versé ; et ce prix, cette somme d'argent est bien ce que j'ai en vue au moment où je passe le contrat. Enfin pour un acte à titre gratuit, une donation par exemple la cause de l'acte est, comme on sait, suivant la doctrine classique, l'intention bienveillante et libérale : car je donne — ou du moins je dois donner et tel est l'esprit de la donation — en vue de faire le bonheur ou du moins la joie d'autrui. Ces exemples suffisent à le montrer : si la cause dont parle le législateur n'est pas la cause psychologique au sens large, c'est bien cependant une cause psychologique à certains égards. Et *c'est un motif mais le motif le plus proche, le plus immédiat.*

Mais à d'autres égards, la cause juridique est supérieure à la volonté individuelle. Dans certains cas elle soutient et justifie cette volonté. Dans certains autres cas elle l'infirme. Toujours par conséquent elle la juge. Bien plus : suivant l'expression ancienne, la cause répond à « *cur debetur ?* » Elle est donc extérieure en quelque sorte à la conscience. Elle est formée de raisons d'une valeur impersonnelle et objective. Les « raisons de sentiment » n'y doivent trouver aucune place. L'utilitarisme règne sans partage sur la cause juridique. Elle jaillit, si l'on ose dire, du choc des intérêts. Les « bonnes raisons » seront seulement celles qui doivent inspirer un bon administrateur — ou pour mieux dire « ce bon père de famille » dont le Code parle souvent et qui, abstraction faite de quelques différences importantes, joue un peu dans notre droit le même rôle que le célèbre « spectateur impartial » dans la morale d'Adam Smith. Ce personnage hypothétique, cette fiction tout arbitraire introduite par le législateur symbolise à elle seule plusieurs idées. A son sujet toute une psychologie sociale serait à faire. Mais ce qui frappe le plus dans le

caractère du « bon père de famille » c'est le type qu'il représente : celui de l'homme posé, calme, nullement enclin aux entraînements irréfléchis, qui s'inspire constamment de l'amour de la tranquillité et de l'horreur du risque ; celui du bon bourgeois avisé, prudent et même un peu timoré, d'un égoïsme nuancé, qui sait l'art de compter et ne fait rien qu'à bon escient. Le Code n'est pas l'école des grands sentiments, des généreux sacrifices. Il encourage peu en somme l'esprit d'entreprise, l'initiative aventureuse. Il se préoccupe exclusivement — non sans raison d'ailleurs — du bon ordre social. Et voilà pourquoi le portrait du « bon père de famille » tel qu'il vient d'être décrit, de ce sage aux idées souvent assez étroites, se trouve mis en bonne place. Un idéal, peut-être — mais un modèle, non pas.

La cause juridique est donc, si l'on peut dire, la raison prochaine, le motif immédiat par lequel ce personnage fictif se laisserait conduire. Par suite elle devra elle aussi contenir une large part de fiction comme il est aisé de le prouver en matière de donation et d'actes à titre gratuit. La cause juridique se trouve alors, on s'en souvient, dans l'intention libérale du donateur. Est-ce à dire qu'elle soit uniquement bienveillance et sympathie ? Tout au contraire elle se distingue très profondément non seulement de toute impulsion passionnelle, mais bien plus de toute inclination de pur sentiment. Elle doit pouvoir se justifier devant une raison tout utilitaire dans son principe. La jurisprudence annule comme fondée sur une cause illicite la donation faite au profit d'une concubine. Elle voit dans une semblable libéralité « le résultat d'un pacte immoral ayant pour but de récompenser des complaisances passées, présentes ou futures (1) ». Il faut, semble-t-il, aller plus loin et dire qu'au sens du Code civil, une semblable donation manque de cause. Les raisons qui l'expliquent ne sont pas en effet

---

(1) Alger, 2 décembre 1895, D. P., 97, 2, 458.

celles qui peuvent guider le bon père de famille. Capricieuses et arbitraires, ce sont — si l'on veut bien détourner cette expression du sens que lui prêtait Pascal — uniquement des raisons du cœur que la raison ne reconnaît pas. Il bat toujours d'un rythme égal, le cœur de ce bon père de famille dont nous parle le Code Civil. Il obéit, il est entièrement soumis à la raison. Sa générosité même se règle sur les convenances sociales. Bref pour qu'une donation ait une cause, il faut qu'elle vienne de sentiments admis par le législateur et considérés par lui comme sains et réguliers. Il y a, si l'on peut dire, un type préétabli de libéralité, de générosité, et si le donateur s'en écarte, l'acte juridique qu'il accomplit se trouve du coup privé de cause, et par suite de toute valeur légale. C'est dire que la volonté individuelle ne compte pas, si elle n'est pas d'elle-même entrée dans le moule qui lui est préparé par la loi, la coutume et la jurisprudence. Par la notion de la cause la volonté individuelle dans les actes gratuits comme dans les actes à titre onéreux, se trouve en quelque sorte endiguée et dirigée, à tel point que rien n'est en réalité, bien qu'il s'agisse d'intention bienveillante et libérale, abandonné à la pleine liberté du bienfaiteur. Que nous sommes loin d'une volonté réelle avec ses inclinations et ses défaillances ! La loi a tout prévu, tout prescrit. C'est par elle ou du moins d'après son esprit, qu'on saura si tel motif doit être regardé comme valable ou doit être au contraire rejeté.

Mais alors quelle est au fond la nature de cette cause juridique que l'article 1108, dans l'énumération des conditions essentielles à la formation du contrat, a peut-être assez imprudemment placée sur le même rang que les autres ?

Ces conditions sont comme on sait au nombre de quatre : « le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ». De ces quatre conditions, les trois premières peuvent assez facile-

ment être rattachées au principe de la volonté. Le consentement en effet ne paraît pas se distinguer de l'exercice même de la volonté. *Le consentement n'est rien de plus que l'acte de la volonté.* Quant à la capacité de contracter, sans doute des exceptions se présentent, des réserves sont nécessaires. L'incapacité de la femme mariée et l'interdiction légale par exemple se rapportent bien plutôt à l'organisation de la famille et de la répression pénale. Mais on peut dire aussi qu'en général la volonté suppose un certain développement intellectuel. L'âge de la majorité déterminé par une fiction très arbitraire, mais à peu près indispensable, marque le moment où l'individu atteint la pleine maîtrise de soi-même et de ses facultés. A partir de cette époque seulement on pourra dire de lui avec la plus grande vraisemblance qu'il *veut* ou qu'il ne *veut pas*. Enfin pour la troisième condition énumérée par l'article 1108, il n'est pas impossible de montrer qu'il n'y a pas de volonté sans un objet certain. L'objet c'est, comme on sait, au sens juridique, l'opération en vue de laquelle un acte est passé : par exemple créer, éteindre, modifier ou enfin transmettre un droit (1). Une volonté sans objet en ce sens serait donc une volonté sans contenu, et par suite la négation de toute véritable volonté. Et bien plus, cette détermination doit avoir lieu en un triple sens : 1° Quant à la relation juridique créée par l'obligation. Il faut qu'on puisse dire s'il s'agit d'une vente ou d'un échange, ou d'une location, ou de telle ou telle autre opération ; 2° Quant à l'espèce de la chose sur laquelle porte le contrat. Est-ce du blé, de la farine, une maison, un cheval ? 3° Enfin quant à la quantité, l'objet doit être sinon déterminé, du moins déterminable : 1000 kilogrammes, 100 mètres — ou encore le contenu

---

(1) Voyez l'article 1108, avec les expressions : .....un objet qui forme la *matière de l'engagement*. Mais la terminologie du Code est incertaine. Dans les articles 1126, 1127, 1128, 1129 le mot objet désigne uniquement, semble-t-il, la chose sur laquelle porte le contrat, (c'est-à-dire ce qui correspond au second des trois sens énumérés au texte).

de tel entrepôt, la production de tel champ. Et en somme voilà ce qu'exprime l'article 1129. Un engagement dont l'objet resterait incertain à l'un de ces trois points de vue, n'aurait aucune valeur parce que l'acte de volonté lui-même serait resté imparfait et inachevé. Ainsi des conditions énumérées par l'article 1108 comme essentielles à la formation du contrat, les trois premières se déduisent aisément de l'analyse de l'acte volontaire.

En est-il de même pour la quatrième, c'est-à-dire pour la cause juridique? Au sens psychologique du terme on admet aisément qu'il n'y a pas de volonté sans cause parce qu'il ne peut exister de décision prise en l'absence de tout motif et de tout mobile. Mais quand il s'agit de cause *juridique* la question est bien différente.

« *Cur debetur ?* » Cette formule à laquelle, comme on l'a vu, répond la cause juridique se traduirait assez bien en ces termes : Quelle prestation ai-je reçue ou recevrai-je en échange de mon obligation ? Tout contrat synallagmatique est dominé par la règle de l'échange : on échange des promesses, des engagements comme primitivement on échangeait des objets matériels. Le contrat (1) est en un sens un troc différé, un troc auquel vient s'ajouter l'idée de l'avenir, de l'échéance. Et c'est pourquoi, aux termes de l'article 1131, l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. La règle de l'échange, du troc ne serait plus respectée si la cause venait à manquer. La nécessité de la cause juridique ne se tire donc pas d'un besoin psychologique. Elle a son origine bien plutôt dans une sorte de catégorie sociale, la catégorie, le concept de l'échange ou du troc.

Et voici que nous touchons, croyons-nous, au principe suprême du droit civil pur. La justice a pour symbole une balance. Ce n'est pas seulement parce que le bien et le

---

(1) Nous n'envisagerons ici, bien entendu, que le contrat moderne et non les contrats solennels du droit romain (*verbis, litteris, re*) qui présentent au moins en apparence un caractère assez différent,

mal, le pour et le contre, en un mot les droits de chacun sont pesés avec soin par le juge en vue de réaliser la formule romaine : *suum cuique tribuere*. Ce n'est même pas parce que pratiquement le commerce est la véritable source du droit (1). Il y a encore un autre sens du symbole qui par là se trouve merveilleusement apte à exprimer l'esprit du droit civil pur : toute prestation doit avoir une contre-partie, toute obligation que je prends à ma charge, doit correspondre à un avantage dont j'ai été ou dont je serai le bénéficiaire. Tout contrat est en quelque sorte un chassé-croisé. Même dans les contrats unilatéraux, dans ce que l'article 1326 appelle « promesses sous-seing privé ou billets » on retrouve l'idée de réciprocité. Si je m'engage à payer une certaine somme à quelqu'un c'est que j'en ai déjà obtenu, ou que je compte en obtenir un avantage réciproque. Et les deux idées sont si bien liées que l'une est la condition nécessaire de l'autre. Aussi dans le droit romain ces sortes d'actes pouvaient-ils donner lieu en dépit même du caractère particulier de la stipulation ou du chirographum à l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Bien plus parmi les actes à titre gratuit la donation elle-même est soumise en quelque mesure à ce principe. Les sacrifices consentis par le donateur ne vont pas jusqu'à exclure toute contre-partie. La preuve s'en trouve dans les révocations pour inexécution des conditions et pour cause d'ingratitude (2). Nous avons vu d'ailleurs comment au

---

(1) Que l'on songe pourtant aux solennités *per aes et libram* du droit romain.

(2) Il arrive même que ce soit une question assez délicate de distinguer la donation d'un acte à titre onéreux. La jurisprudence, qui sur ce point s'attache moins à la forme qu'à l'esprit, semble incliner à consacrer le principe suivant : chaque fois que la condition aura, selon toute apparence, déterminé la volonté, l'acte juridique devra s'analyser comme une convention à titre onéreux. Chaque fois au contraire que la condition n'aura pas exercé sur la volonté une influence décisive, il faudra tout au contraire appliquer les règles relatives aux actes à titre gratuit. La jurisprudence est ainsi conduite à scruter la valeur psychologique des motifs et des mobiles, sans toutefois détourner peut-être autant qu'on l'en accuse souvent la cause juridique de

point de vue de la cause les donations sont étroitement limitées et surveillées par le Code, comment il y a une générosité admise par le législateur parce qu'elle répond à des raisons valables, et une générosité dont il répudie les effets, parce qu'elle n'est pas fondée sur des raisons juridiquement admissibles. L'idée d'une contre-partie se modifie et se fait plus subtile, plus souple. Il en subsiste pourtant ici encore comme un vestige et comme un souvenir.

Le principe suprême en droit civil pur, c'est donc l'équilibre des intérêts et des avantages. Je dois recevoir autant que je donne. Sans doute l'action en rescision pour cause de lésion est maintenue dans d'étroites limites. En matière immobilière l'article 1674 exige que cette lésion dépasse les sept douzièmes du prix de vente pour accorder l'action en rescision. Mais la raison de cette rigueur est toute pratique : à savoir que dans l'intérêt des tiers et de l'ordre public, les transactions surtout en matière de propriété immobilière doivent offrir un haut degré de stabilité. Le vœu de la loi n'en est pas moins sans nul doute que dans toute transaction les valeurs soient équivalentes de part et d'autre. Un autre ne doit pas s'enrichir à mes dépens. S'il y réussit c'est que pour partie au moins mon engagement était sans cause. Au fond de l'obscur doctrine de la cause juridique on retrouve ainsi l'idée qui domine l'action de *in rem verso*. *Tout contrat doit avoir une cause parce qu'il ne doit pas y avoir d'enrichissement sans cause.*

Une conclusion maintenant se dégage : Parmi les conditions essentielles à la formation du contrat telles que le Code Civil les énumère dans l'article 1108, il y en a qui tirent leur origine de la nature psychologique de la

---

sa signification vraie. Dans cette voie d'ailleurs le législateur semble bien l'avoir suivie en distinguant par la loi du 13 avril 1908, art 9, § 15, modifiant la loi du 9 décembre 1905, dite loi de séparation, les charges déterminantes et non déterminantes dans les fondations et les libéralités. Voyez loi du 9 décembre 1905, nouvel art. 9, § 15 « .....sans qu'il y ait lieu de distinguer si lesdites charges sont ou non déterminantes de la libéralité ou du contrat de fondation pieuse ».

volonté : ce sont le consentement, la capacité, l'objet. Mais il y en a d'autres aussi qui n'ont avec la volonté qu'un rapport indirect et qui procèdent en réalité d'un principe social et légal : telle est la cause juridique. Ce principe qui apparaît au fond de la cause juridique, est difficile à exprimer avec la brièveté d'une formule. On le retrouve et dans l'action *de in rem verso* et dans les quasi-contrats de gestion d'affaires et de paiement de l'indu. Mais il n'est pas non plus sans quelque analogie avec le principe de la responsabilité civile. « Chacun, dit l'article 1383, est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. » S'il n'en était pas ainsi, pour la victime du dommage il y aurait appauvrissement sans cause. L'équilibre des intérêts serait rompu. Mais d'autre part la victime du dommage ne doit pas non plus s'enrichir sans cause, comme il arrivait en droit romain avec les actions au double, au triple et au quadruple. Il faut qu'il y ait exacte réparation du dommage. D'où la théorie moderne des dommages et intérêts.

Ni appauvrissement sans cause, ni enrichissement sans cause. Tout dommage injuste doit être réparé par son auteur. Et toute obligation doit trouver une raison d'être dans son bénéficiaire. Non seulement ces deux idées se complètent, mais elles s'appellent, elles sont intimement liées l'une à l'autre. Elles marquent avec exactitude par leur réunion l'esprit du droit des obligations. La nécessité de la cause comme condition essentielle du contrat prouve donc l'existence dans la théorie du contrat telle que la présente le Code Civil, d'un principe assez différent de celui que l'on est généralement tenté d'admettre. Contrat et responsabilité ne s'opposent pas. Tout au contraire ils viennent se joindre dans l'unité d'un même principe qu'à défaut d'un meilleur terme on pourrait appeler le principe de l'équilibre ou de la balance des intérêts.

\*\*\*

Si quittant maintenant la théorie de la cause juridique et l'étude des conditions essentielles à la formation du contrat, on jette un coup d'œil rapide sur les effets du contrat déjà formé, les résultats auxquels on parviendra, seront sensiblement identiques.

Sans doute beaucoup de ces effets ont leur origine dans la volonté des parties — par la permission de la loi. Et tel est surtout le sens de la formule: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Le contrat oblige chacune des parties à fournir les prestations qu'elle a promises. Par là elle ne fait que réaliser sa volonté, telle que cette volonté s'est manifestée au contrat.

*Mais suis-je tenu seulement dans la limite de ce que j'ai voulu ?* Si oui la volonté est la seule source d'où naissent les effets du contrat. Dans le cas contraire il faut répartir les effets en deux groupes, les uns s'expliquant par la volonté des parties, les autres par un principe différent. Or dans le contrat combien d'effets dépassent la volonté des parties ! Qu'on songe tout d'abord à la théorie des dommages et intérêts si étroitement liée à l'idée d'obligation. Quel en est le fondement ? Est-ce la volonté des parties contractantes ? Mais les parties contractantes ont voulu tout autre chose. Et c'est seulement lorsque ce qu'elles ont voulu n'a pas été exécuté qu'il y a lieu de fixer des dommages et intérêts. Les dommages et intérêts ne constituent qu'une sanction extérieure au contrat lui-même, et n'ont d'autre but que d'en assurer indirectement l'exécution. C'est ce qui apparaît clairement pour les obligations de faire ou de ne pas faire qui, comme on sait, doivent d'après l'article 1142 « se résoudre en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Le principe sur lequel repose la théorie des dommages et intérêts ne saurait être différent, en dernière analyse, de

celui de la responsabilité civile. Car parmi les faits quelconques de l'homme qui, suivant les termes de l'article 1382, causent à autrui un dommage, il semble que l'inexécution d'un engagement, d'une promesse contenue dans un contrat, ait sa place toute marquée. Par suite les dommages et intérêts ont uniquement leur fondement dans la loi et non pas dans la volonté des parties contractantes.

Peut-être cependant pourrait-on à cette explication objecter l'article 1150 : le débiteur est tenu seulement des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ». Mais quelle a été dans cette disposition, l'intention du législateur ? De prendre pour unique mesure ce que les parties ont voulu, en supposant alors pour tous les cas une clause pénale tacite ? La preuve qu'il n'en est pas ainsi ressort des expressions mêmes : « ont prévu ou *pu prévoir* ». En réalité l'intention du législateur a été seulement d'écarter les dommages et intérêts qui pourraient venir s'ajouter par suite et comme conséquence d'un cas fortuit. Aussi aux termes de l'article 1151 « dans le cas même où l'inexécution résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre... que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ». Les conséquences indirectes procèdent du hasard et du risque et la responsabilité ne doit pas s'étendre au delà des conséquences directes de la faute. Le cas fortuit et la force majeure sont régis par des principes particuliers. C'est donc bien par l'idée de responsabilité et non pas par celle de la volonté des parties contractantes, que s'explique la théorie des dommages et intérêts.

Mais il y a plus. Même au cas de complète et parfaite exécution des engagements, il y a pour le contrat des effets qui ne dérivent pas de la volonté des contractants, mais bien de la loi et de l'usage. « Les conventions, dit l'article 1135, obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». De même l'article 1159 : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est

*d'usage* dans le pays où le contrat est passé ». Et l'article 1160 : « On doit suppléer dans le contrat les clauses *qui y sont d'usage*, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Et qu'on ne parle pas de présomption établie par la loi pour qu'il soit plus facile de connaître la vraie volonté, l'intention vraie des contractants. S'il y a une présomption, elle est juris et de jure et ne souffre pas la preuve contraire. Elle exprime donc la volonté du législateur et non pas celle des contractants. Conséquence : la loi et l'usage s'imposent même si les contractants ne les connaissent pas, ne pouvaient pas les connaître. Deux individus ont passé un contrat dans un pays dont ils ignoraient l'usage. L'usage n'en sera pas moins souverain si l'on suit les articles 1159 et 1160. Cette constatation n'est pas sans importance pour le droit international privé. Bartole avait autrefois établi une distinction entre les effets et les suites du contrat. « Les suites, dit Fœlix, qui adopte encore cette opinion, sont les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l'occasion de l'inexécution de l'acte ou du droit. Les effets sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer. » Aujourd'hui cette doctrine est presque abandonnée. « La volonté des parties, dit M. Surville (1), se manifeste à un double point de vue : d'abord quant à la formation même de la convention et à l'élaboration de ses éléments intimes; puis dans *le choix* de la loi qui la gouverne, l'interprète, en règle les conséquences, en sanctionne les effets. Telle est la sphère du libre exercice des volontés individuelles (2). » Visiblement le Code Civil dans les articles 1135, 1159 et 1160 admet un système assez différent et qui n'est pas, malgré quelques divergences de détail, sans analogie avec l'ancienne doctrine de Bartole. C'est la preuve que sur ce point en particulier il n'accepte pas (quoiqu'on en dise quelquefois) la

---

(1) Pour l'excellent exposé de MM. Surville et Arthuys, voyez *Cours élémentaire de droit international privé*, p. 315, 316 et 317, 6<sup>e</sup> édition.

(2) Ibid., 312.

doctrine de l'autonomie. Il faut distinguer parmi les effets comme parmi les conditions essentielles à la formation du contrat. Il faut faire la part de la volonté, sans aucun doute. Mais il faut aussi admettre d'autres principes qui n'ont aucun rapport avec la volonté individuelle, qui bien plus, ont comme résultat de la limiter assez étroitement. Le contrat se trouve ainsi constamment dominé par la loi, l'usage et la coutume. Ce n'est que dans une mesure déterminée par avance qu'il peut donner satisfaction à la volonté des parties. Malgré les formules qui sembleraient accorder à la volonté individuelle la souveraineté et l'autonomie, il n'y a en réalité pour elle dans le contrat, tel que l'organise notre Code Civil, que des possibilités assez illusoires de liberté. En dernière analyse en effet le rôle de la volonté individuelle se borne à choisir parmi les modèles de contrats que le législateur autorise et dont il se réserve encore de fixer en majeure partie les effets.

---

## CHAPITRE II

### La volonté dans les théories de la rétroactivité et du risque.

Si décevante que soit la liberté de la volonté individuelle dans le contrat, il y a du moins une règle que l'on croirait volontiers à l'abri de toute contestation et de toute atteinte ; et cette règle peut s'énoncer ainsi : *sans consentement, pas de contrat*. « *Et stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* », disait Ulpien au livre IV sur l'Edit (1).

Sans consentement pas de contrat. Prise en elle-même, cette règle en effet est inattaquable. Même dans les contrats solennels du droit romain, dans les contrats *verbis, litteris et re*, bien que le dol et la violence même n'empêchent pas le contrat d'être valable en droit civil et que pour sauvegarder l'équité le prêteur ait du recourir à des moyens détournés (l'insertion de la *clausula doli*, l'action et l'exception *doli*, l'action et l'exception *metus causa*, enfin l'*in integrum restitutio*), il faut néanmoins pour la validité du contrat au moins une ombre, une apparence de consentement. Bien plus même, l'erreur dans le consentement entraîne alors la nullité absolue (2), et non pas seulement relative comme dans notre droit.

Mais s'il est vrai (et dans notre droit surtout où en principe tout contrat est consensuel) qu'il n'y a pas de contrat sans consentement, — serait-on autorisé à admet-

---

(1) L. I., § 3, D. *De pactis* II, 14 *in fine*.

(2) Ulpien, L. 9, § 2. *De contr. empt.*, XVIII.

tre, pour tous les effets du contrat, toutes les conséquences que comporte logiquement cette règle si simple, et pourrait-on avec une entière certitude en tirer déductivement la solution de toutes les difficultés qui se rattachent au contrat? En un mot ne court-on aucune chance de s'égarer en la prenant comme un fil conducteur pour élucider toutes les questions délicates que la théorie du contrat peut faire naître?

Pour résoudre ce problème, nous nous contenterons d'examiner deux difficultés, mais fort importantes l'une et l'autre : celle de la rétroactivité et celle du risque. Pour la rétroactivité nous nous demanderons si, en s'inspirant de la règle : pas de contrat sans consentement, le Code Civil ne s'est pas engagé dans une impasse, et si des lois plus récentes ainsi que les décisions de la jurisprudence n'ont pas porté atteinte à cette règle. Pour le risque nous montrerons que les conséquences logiques de la règle en question ont été dans les cas les plus importants répudiées et contredites par le Code Civil lui-même. Par là se trouveront mis en lumière et le sens exact, et la véritable portée de la question que nous nous sommes proposé d'examiner.

\*\*\*

On sait en quoi consiste la rétroactivité quand elle s'applique à un contrat affecté soit d'une condition suspensive, soit d'une condition résolutoire. Si la condition suspensive vient à se réaliser, les effets du contrat bien qu'en réalité postérieurs à l'événement de la condition seront en droit tenus pour antérieurs. Ils seront censés avoir eu leur point de départ à la date qu'ils auraient eue si l'obligation avait été pure et simple : *tout en un mot se passera comme si la condition n'avait jamais existé*. Inversement en cas de réalisation d'une condition résolutoire, les effets que le contrat a pu produire en fait avant l'événement de la condition seront en droit regardés comme nuls et nonavenus. *En un mot tout se passe comme si le contrat n'avait jamais existé*.

Comment justifier ces résultats où le droit semble si délibérément prendre la contre-partie de la réalité ?

Remarquons tout d'abord que rien dans la nature de la condition elle-même ne paraît rendre la rétroactivité nécessaire, puisque la condition n'est rien de plus qu'un fait éventuellement prévu par le contrat. La rétroactivité doit donc provenir non de la condition elle-même mais du contrat dont la condition est une modalité. Quelle est donc la raison pour laquelle, dans le cas d'une condition suspensive, des effets postérieurs à l'événement de la condition doivent être tenus pour antérieurs ? La réponse est facile.

Ce n'est pas au jour de l'événement de la condition, que s'est formé le contrat. Il existait antérieurement. Et il contenait en lui des effets qui, dans un contrat pur et simple se seraient déjà réalisés, mais qui par suite de la condition sont restés pour ainsi dire à l'état latent. La condition ne les crée pas : elle les fait seulement apparaître. A quel moment en effet l'acte volontaire s'est-il produit, et le consentement a-t-il été donné ? Ce n'est pas certes au moment où la condition vient à se réaliser, mais bien au moment où le contrat s'est formé. C'est donc à ce moment qu'on doit se replacer pour en déterminer les effets. En contractant sous condition, j'ai fait acte de volonté, j'ai donné mon consentement mais *seulement en vue de l'hypothèse où tel fait se produirait*. S'il se réalise, tous les effets du contrat doivent juridiquement être reportés à la date qu'ils auraient eue dans un contrat pur et simple. Si maintenant le fait ne se réalise pas, je n'ai pas consenti pour cette hypothèse ; il n'y a plus, il n'y a jamais eu de contrat valable, c'est le néant le plus absolu.

On objectera peut-être que la rétroactivité ne se trouve pas encore par là suffisamment justifiée. Il convient, en effet, de préciser le rôle de la condition. Si en se réalisant elle achève et complète le consentement, le contrat devra prendre date au moment de l'événement de la condition, et il n'y aura pas de rétroactivité. Voici la réponse. Le consentement doit être considéré comme parfait dès la

formation du contrat. Il forme un tout indivisible. Je consens ou ne consens pas, il n'y a pas de milieu. Seulement je puis donner mon consentement en prévision de telle hypothèse énoncée au contrat sous la forme de la condition, et refuser mon consentement pour le cas où cette hypothèse ne se réaliserait pas. Dans la rigueur des termes, mon consentement n'est donc pas subordonné à la condition. Il était ou n'était pas dès le premier moment. Il n'a nul besoin d'être complété. En se réalisant, la condition n'ajoute rien à l'acte volontaire. Voilà pourquoi l'événement de la condition n'aura qu'un résultat : il « déclenchera » l'apparition des effets. La rétroactivité est ainsi rendue nécessaire par la nature même du consentement.

En réalité l'article 1185 s'exprime mal en disant que la condition *suspend* l'engagement (1). Son *apparition* seule est suspendue, subordonnée à l'événement de la condition. Bien plus, on s'exprime mal encore en parlant de la rétroactivité de la condition. A prendre les mots à la rigueur, la condition ne rétroagit pas. L'article 1179 (2), vrai si l'on veut pour le fond, est faux cependant par les termes qu'il emploie. La condition ne produit pas d'effets dans le passé. Les effets qu'elle paraît produire existaient déjà virtuellement : ils sortent tous du contrat lui-même. A l'événement de la condition, rien de nouveau ne se produit. Mais tous ces effets qui n'apparaissaient pas encore se changent d'un seul coup et comme par la vertu d'une baguette magique, en ostensibles réalités. « *Cum semel conditio exstilit*, disait fort justement Gaius, *perinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset* (3) ». Voilà tout le mystère de la rétroactivité.

---

(1) Art. 1185 : Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.

(2) Art. 1179 : La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

(3) L. 11, § 1, D. *qui pol.* XX, 4.

Cette explication toutefois semble se heurter à l'article 1040, relatif il est vrai aux dispositions testamentaires et non pas aux contrats: « Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendant d'un événement incertain et telle que dans l'intention du testateur cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. » Les principes qui viennent d'être exposés exigeraient le retour au moment où la disposition a été faite — ou plus exactement (en tenant compte des règles particulières en cette matière) au jour de l'ouverture de la succession. Conséquence : l'héritier institué, vivant au jour de l'ouverture de la succession, mais décédé au moment où la condition se réalise, devrait être rétroactivement investi du legs — qui par droit de succession reviendrait à ses propres héritiers. Or d'après l'article 1040 tout au contraire il n'y aura pas rétroactivité en ce qui touche à l'attribution du legs. Tout se passera comme si le droit au legs ne s'ouvrirait qu'à l'événement de la condition. Et bien que ce qui est vrai du contrat ne doive pas nécessairement s'appliquer aux successions et aux legs, il semble que si notre justification de la rétroactivité était exacte, elle devrait encore s'appliquer ici et produire les mêmes conséquences qu'en matière de contrat. Comment donc expliquer cette dérogation ?

L'histoire en paraît fournir une raison. On sait, en effet, comment en droit romain s'appliquaient les règles de la *diei cessio legati* (1), c'est-à-dire à quel moment se fixe le droit au legs. Pour les legs purs et simples ou à terme certain, cette époque est celle de la mort du testateur ou, sous le régime de la loi *Papia Popæa*, celle de l'ouverture du testament. Pour les legs conditionnels au contraire, cette époque est fixée, sauf exception, au jour de l'événement de la condition. Et pour rendre compte de

---

(1) Voyez Ulpien, L. 5, § 1 et 2, D. *Quando dies leg.* XXXVI, 2.

cette différence on dit ordinairement que dans les legs purs et simples ou à terme certain, le droit se fixe au jour du décès du testateur pour « rendre le droit du légataire indépendant soit des obstacles de fait ou de droit qui peuvent momentanément empêcher l'adition, soit des négligences ou des calculs qui prolongeraient la délibération de l'héritier (1) » — raisons qui ne s'appliquent pas en cas de legs conditionnels puisque l'événement de la condition est un « fait indépendant de la volonté de l'héritier (2) ». D'après cette explication, ce n'est donc pas par une dérogation arbitraire, mais tout à l'opposé par l'effet de la plus stricte logique que le droit du légataire, au lieu de remonter jusqu'à l'ouverture de la succession, part seulement de l'événement de la condition. — Rien sans doute n'est plus exact. Mais pourquoi en est-il ainsi, et pourquoi dans cette circonstance n'y a-t-il pas rétroactivité ?

Le voici, croyons-nous. Si la condition, dont le legs est affecté, se réalise, mais qu'à cette époque le légataire soit décédé, on ne saurait tenir la condition pour remplir en totalité. Deux circonstances dans la pensée du testateur étaient étroitement unies : l'événement de la condition et l'existence au même moment du légataire institué. Le légataire mort à l'avènement de la condition, celle-ci ne s'est en fait réalisée que pour moitié. Disons mieux. Elle n'est point réalisée, car elle est indivisible et « *le rapport sous lequel le testateur l'a considérée dans le testament ne la rend pas susceptible de réalisation partielle* (3) ». Ainsi l'on doit tenir la condition pour défaillie, et la disposition testamentaire sera caduque. Plus exactement elle doit être

---

(1) Voyez Accarias, *Précis du droit romain*, n° 382, t. I, p. 1035 sq., 4<sup>e</sup> édition.

(2) Voyez Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, n° 614, p. 595, 7<sup>e</sup> édition.

(3) Expressions empruntées à l'article 1218 qui porte sur les obligations divisibles et indivisibles. A rapprocher également les termes d'un arrêt de la Cour de Cassation (Réq. 14 février 1899, D. P., 99, 1, 246. : « Le caractère mobilier ou immobilier d'un bien se détermine avant tout par le point de vue auquel il a été considéré et par la destination qui lui a été attribuée. ».

regardée comme n'ayant jamais eu aucune existence. Comment dès lors les héritiers du légataire pourraient-ils en recueillir le bénéfice ?

Toutefois pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'unité des deux éléments de la condition soit manifeste car elle dépend de la volonté du testateur. Aussi l'article 1041 vient-il déclarer : « La condition qui dans l'intention du testateur ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers. » Ce qu'on ne doit pas simplement interpréter en ce sens que la condition joue ici le rôle d'un terme incertain, comme semblerait le donner à entendre la première partie de la disposition. La condition ne change pas de nature. Elle ne porte pas seulement sur la date de l'exécution mais bien sur la clause testamentaire qui en dépend (1). Car l'article 1041 semble bien avoir été inspiré par la doctrine romaine sur les conditions *extrinsecus venientes* — par exemple dans les dispositions qui ont pour objet la prochaine récolte d'un fonds ou le part futur d'une femme esclave — conditions qui, exprimées ou non, n'empêchent pas la rétroactivité au jour du décès du testateur (2).

Telle est donc bien la raison d'être de la rétroactivité dans les contrats affectés d'une condition. Elle se déduit logiquement de la règle : pas de contrat sans consentement — car dès lors les effets du contrat doivent dépendre uniquement du moment où le consentement a été donné. Et les analogies que l'on pourrait songer à tirer des dispositions testamentaires affectées d'une condition, loin de porter atteinte à cette théorie, la confirment bien plutôt. Admettre qu'un acte juridique dépend du consentement, c'est en même temps à moins de renoncer à toute logique reconnaître la nécessité de la rétroactivité. Les deux principes sont liés l'un à l'autre. Sans doute il peut y avoir

---

(1) Voyez l'art. 1185 sur la distinction du terme et de la condition.

(2) Voyez L. 107, *De cond. et dem.*, XXXV, 1, et L. 25, § 1. *Quando dies leg.*, XXXVI, 2.

rétroactivité là où il n'est pas question de consentement — notamment en matière de procédure. Mais là où l'on reconnaît la souveraineté du consentement, on ne peut sans encourir le reproche d'incohérence répudier la rétroactivité. — Voyons donc maintenant qu'elles seront dans la théorie du contrat les conséquences de la rétroactivité, et demandons-nous si toutes ces conséquences ont bien été acceptées par le législateur, la doctrine et la jurisprudence.

L'effet non pas seulement constant et normal, mais nécessaire de la rétroactivité, est de forcer, de fausser la réalité des faits. Tantôt — en cas de condition résolutoire — des événements dont l'existence est indéniable seront tenus pour nuls et non-avenus. Tantôt — dans les contrats affectés de condition suspensive, et si cette condition se réalise — des faits qui n'ont pu se produire qu'à l'événement de la condition, obtiendront une existence fictive antérieurement à la date réelle de leur apparition. La rétroactivité crée tout un monde de fantasmagories, de mirages, et de fictions. Elle bouleverse l'ordre des dates pour lui substituer une chronologie mensongère et fantaisiste. Si par exemple il s'agit d'un contrat de vente affecté d'une condition suspensive, et que la transcription en ait eu lieu conformément à la loi du 23 mars 1855, toutes les aliénations que le débiteur conditionnel aurait consenties à des tiers, seront absolument sans effet à l'égard du créancier conditionnel, au cas où la condition suspensive viendrait à s'accomplir; car l'acheteur sous condition suspensive sera rétroactivement investi de la propriété. Il en sera de même, et pour la même raison de tout droit réel, hypothèque, servitude, usufruit dont le débiteur aurait, *pendente conditione* grevé l'immeuble. Ils seront inopposables à l'acheteur comme consentis *a non domino*. Mais il y a des faits avec lesquels on ne peut en user avec une aussi grande liberté. Le débiteur sous condition suspensive a *pendente conditione* accompli des actes d'administration. Va-t-on admettre que par l'effet de la rétroactivité, ils n'ont plus aucune existence ? Il serait difficile, parfois même impossible, de

les effacer. Ainsi l'on admettra que les baux passés dans ce délai par le débiteur conditionnel, doivent être maintenus (1), échappant ainsi à la rétroactivité. Solution analogue, au moins suivant la majorité des auteurs pour les fruits perçus par le débiteur conditionnel. Ils lui appartiennent, et la rétroactivité encore ici ne s'applique pas.

Remarquons en second lieu qu'en matière de condition résolutoire, si l'on n'écarte pas la rétroactivité, on ne lui fait pas pourtant la part qu'elle devrait avoir. Dans l'hypothèse d'un contrat de vente sous condition résolutoire, il faudra dire en raisonnant d'après nos principes : l'accomplissement de la condition fait disparaître rétroactivement tous les effets du contrat. Le contrat n'a plus aucune existence légale. Tout doit se passer comme s'il n'y avait jamais eu ni acheteur ni vendeur. L'événement de la condition ne produit qu'un effet déclaratif. Il ne détruit pas le consentement, car le consentement n'a jamais été donné pour cette hypothèse. Par suite, le contrat tombe, ne pouvant plus s'appuyer sur aucun acte volontaire. Et c'est bien ce que paraîtrait impliquer l'article 1183 : « La condition résolutoire, dit-il, en effet, est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » Mais la solution à peu près unanimement admise est assez différente. Suivant cette opinion, il conviendrait de traiter la condition résolutoire comme une condition suspensive inverse. Par conséquent l'acheteur sous condition résolutoire sera traité comme s'il était vendeur sous condition suspensive. Résultat : il y aura là encore des effets que la rétroactivité n'atteindra pas.

Mais bien plus. Le législateur lui-même, tout en maintenant le principe de la rétroactivité entre les parties contractantes, a été contraint, semble-t-il, de lui porter une assez sérieuse atteinte quand il s'agit des tiers. Telle est, en effet, comme on sait, la conséquence de la loi du

---

(1) Voyez également l'article 1673 pour le cas de vente à réméré. Cf. Civ. Cas. Rep., 18 juillet 1854, D. 54, 1, 357.

23 mars 1855 sur la transcription. Pour les contrats translatifs de droits réels et même pour les baux d'une certaine durée, la rétroactivité dans le cas où une condition suspensive a été prévue et qu'elle se réalise, ne remonte plus à l'égard des tiers jusqu'au moment du consentement et de la formation du contrat, mais seulement à la date de la transcription : il en est ainsi du moins à l'égard de ceux d'entre les tiers qui, même *pendente conditione*, ont acquis des droits sur l'immeuble et « les ont conservés en se conformant aux lois ». Il en résulte que si le contrat affecté d'une condition n'a pas été transcrit immédiatement la rétroactivité ne s'exercera pas à l'encontre des tiers qui dans l'intervalle auront eu soin de faire opérer la transcription.

Nous arrivons enfin à une question plus délicate et bien connue des juristes. La rétroactivité vient dans certains cas se combiner avec certaines règles de notre Code qui, bien qu'assez facilement acceptables en elles-mêmes, produisent pourtant alors les solutions les plus paradoxales. Telles en particulier la disposition de l'article 1138 : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire. Et la disposition de l'article 1589 : « La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » Si en effet l'on combine ces deux principes avec la rétroactivité dans l'hypothèse spéciale de la promesse unilatérale de vente, on arrive aux résultats suivants. L'effet de la promesse unilatérale est soumise à une condition : savoir l'acceptation de l'acheteur. Cette condition réalisée, il y a rétroactivité au jour de la promesse. Dès lors à ne considérer que les effets entre les parties contractantes, la vente doit être regardée comme datant elle aussi du jour où la promesse a été faite. La transmission de propriété aura le même point de départ en vertu de l'article 1138. Et ainsi par la fiction de la rétroactivité, je serai considéré comme ayant été déjà propriétaire à un moment où j'igno-

rais même la promesse unilatérale qui m'était faite. La jurisprudence n'accepte point ces conclusions. Mais elle ne parvient à leur échapper qu'en modifiant la nature juridique de la promesse unilatérale de vente. Au lieu de la prendre comme une obligation de donner elle n'y voit qu'une obligation de faire (1) — interprétation bien difficile à admettre.

Sans doute une promesse unilatérale de vente n'est pas un contrat. Il est même fort douteux qu'une telle obligation puisse, à s'en tenir strictement aux termes du Code Civil, produire une obligation juridique. L'article 1589 lui-même l'indique en parlant « du consentement réciproque des deux parties ». Il semble par suite ne reconnaître la validité de la promesse de vente qu'à partir de l'acceptation de l'acheteur éventuel ; d'où l'on peut conclure qu'il serait illégitime de faire remonter la rétroactivité au-delà de la date d'acceptation. Il n'en est pas moins vrai — comme le montre tout l'exposé qui précède — que le Code Civil s'est engagé dans les plus grandes difficultés en admettant la rétroactivité de la condition pour les contrats. Sans doute la rétroactivité s'imposerait dans les contrats solennels du droit primitif (du droit romain en particulier) tout comme dans nos contrats consensuels, parce qu'alors aussi bien il faudrait, à l'accomplissement de la condition, remonter jusqu'à la solennité d'où serait né le contrat. Mais le principe de la rétroactivité en droit moderne dérive de la règle : pas de contrat sans consentement. Toutes les difficultés que la rétroactivité peut rencontrer sont donc en même temps des difficultés de la règle du consentement. Toute atteinte portée sous la pression de nécessités pratiques à l'application intégrale de la rétroactivité, est une restriction apportée à l'application de la règle du consentement. Et chaque fois que la loi, la jurisprudence ou la doctrine viendront à répudier les conséquences mêmes

---

(1) Voyez notamment, entre beaucoup d'autres arrêts : Cassation Réc., 20 janvier 1892, S. 92, 1, 705 ; Cassation Réc., 6 mai 1908, D. P. 09, 1, 429 ; Cassation Réc., 21 février 1910, S. 10, 1, 288,

lointaines et indirectes de la rétroactivité, on pourra dire que c'est le principe même de la souveraineté de la volonté dans le contrat qui se trouve par là limité et contrôlé.

Mais nous avons constaté qu'au moins le vœu de la loi serait en faveur de la rétroactivité. En ce sens la règle du consentement se trouve théoriquement respectée. En a-t-il été de même en matière de risques, et les conséquences de la même règle du consentement ont-elles ici toujours été consacrées par le Code Civil ?

\*\*\*

Le risque est le nom que prend dans le langage du droit, cette notion insaisissable et capricieuse, véritable défi lancé aux sciences de la nature et à la raison humaine, que l'on désigne plus ordinairement sous le terme de *hasard*. Le désir du juriste comme celui du savant tendrait sans doute à l'éliminer s'il était possible. Car partout où le hasard entre en jeu il jette la perturbation et sème l'incertitude. Mais dans les faits sociaux sa réalité est particulièrement indéniable. Il faut donc compter avec lui et le faire entrer par force dans le cadre des principes. Et c'est ici la question la plus malaisée : Quelles règles juridiques appliquer au hasard ? Il n'en est aucune qui s'impose avec évidence. L'hésitation est permise entre des solutions contraires. On sait sur qui faire peser le poids d'une faute. On sait à qui revient la charge d'une obligation. Mais à qui convient-il de faire supporter les effets du hasard ? Est-ce au créancier, est-ce au débiteur ? C'est en ces termes précis que nous paraît se poser le problème du risque. Si maintenant nous reprenons la règle : pas de contrat sans consentement, et que nous cherchions à en tirer par la méthode du raisonnement déductif les solutions qu'elle comporte sur notre question, pourrons-nous rejoindre au moins sur tous les points essentiels, les dispositions du Code Civil ?

Considérons en général le contrat synallagmatique. J'ai consenti à m'engager, comptant sur une prestation

réciproque. J'ai consenti — mais en vue de cette hypothèse uniquement. Que si par la suite cette prestation réciproque ne m'est pas fournie, que doit-il arriver ? Pour cette hypothèse je n'ai pas pris d'engagement, je n'ai pas consenti. Logiquement il n'y a plus de contrat. C'est ce qu'exprime, si l'on veut, l'article 1184, mais avec une double atténuation. Tout d'abord cet article ne parle pas de nullité : « L'engagement pourra être *résolu* », dit le texte. Et cette expression semble accorder au contrat une existence au moins temporaire. Différence pratiquement insignifiante peut-être si l'on songe à l'effet rétroactif de la résolution une fois prononcée (1). Mais encore faut-il qu'elle soit prononcée. Et l'intérêt de la seconde dérogation apparaît aussitôt. Le contrat ne tombe pas de plein droit, il faut une décision de justice. Le Tribunal a mission d'apprécier s'il y a lieu d'accorder un délai au défendeur. De son côté, la partie lésée a le choix ou de demander la résolution avec dommages et intérêts, ou de forcer la partie adverse à s'exécuter. En d'autres termes il y a pour les contrats synallagmatiques dérogation à l'article 1131, ce qui permet de remarquer combien sera restreinte la sphère d'application de ce dernier article, aux termes duquel, comme on sait, les obligations sans cause sont nulles de plein droit.

Mais arrivons à la question du risque proprement dite. Après la perte de la chose due, survenue par cas fortuit ou force majeure, mon débiteur est dans l'impossibilité matérielle d'exécuter son obligation. La prestation réciproque en vue de laquelle j'ai donné mon consentement à ma propre obligation, ne pourra donc m'être fournie. Suivant la logique, il n'y a plus ni obligation, ni contrat. Pour qui donc seront les risques ? Ils ne sont pas pour moi, créancier, puisque la perte de la chose due qui empêche celui qui a contracté envers moi de remplir son obligation, du même coup me libère de ma propre obligation. Disons donc : les risques seront pour le *débiteur*.

---

(1) Voyez Cassation civ., 4 mai 1898, D. P., 98, 1, 457 (avec note de M. Planiol).

Cette conclusion n'est pas en somme répudiée par la jurisprudence, puisque suivant son interprétation l'article 1184 s'applique non seulement au cas où l'une des parties néglige volontairement d'exécuter son obligation, mais tout aussi bien à celui où elle se trouve dans l'impossibilité de l'exécuter par suite d'un cas fortuit ou de force majeure(1). Si donc dans un contrat synallagmatique, celui avec qui j'ai contracté se trouve par cas fortuit ou force majeure, privé de la chose qu'il me doit, j'obtiendrai la résolution de mon obligation. Les risques se trouveront ainsi à sa charge. Et en ce qui concerne du moins les obligations synallagmatiques de faire ou de ne pas faire, cette solution peut être regardée dès maintenant comme définitivement acquise. Il en est de même pour certaines obligations de donner savoir : celles qui sont conçues *in genere*. On allègue ordinairement comme explication le célèbre brocard : *genera non percunt*. Ce n'est presque rien de plus qu'un simple jeu de mots. Le débiteur même alors, peut être privé par le hasard — cas fortuit ou force majeure — de la faculté de satisfaire à son engagement. Pour lui les genres ont péri. Qui supportera les risques ? Comme pour les obligations de faire et pour les mêmes raisons, ce sera le débiteur, non le créancier. Le créancier, lui, est libéré en invoquant l'article 1184. Le hasard ne l'atteint pas. Au débiteur donc sont réservées les cruautés du sort. *Summum jus — summa injuria* : oui sans doute. Mais ainsi le veulent la pure logique et la règle du consentement dans le contrat.

Remarquons que le Code Civil attribue en termes exprès les risques au débiteur pour certaines catégories de contrats. Il en est ainsi en matière de louage. Pour les baux des maisons et de biens ruraux, l'article 1722 déclare : « Si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si

---

(1) Voyez Civ. c., 14 avril 1891, D. P. 91, 1, 329 (avec note de M. Planiol). Rég. 19 octobre 1897, D. P. 97, 1, 576.

elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas il n'y a lieu à aucun dédommagement. » Le bailleur supporte d'abord la perte de la chose louée, et rien n'est plus juste puisqu'il en est resté propriétaire et n'a transmis que la jouissance de la chose. Mais en outre il subit les risques pour le contrat de louage proprement dit. Le locataire n'est plus tenu de verser le prix du loyer. La raison de cette solution qui pourrait paraître rigoureuse, se trouve dans la théorie qui vient d'être exposée. Le louage est un contrat synallagmatique où le propriétaire joue le rôle de débiteur quant à la jouissance de la chose louée. Si la chose louée disparaît il se trouve dans l'impossibilité de remplir son engagement. Mais alors le locataire n'est plus tenu, lui non plus, de remplir le sien. Il peut invoquer le principe renfermé dans l'article 1184 dont la conséquence est de mettre les risques à la charge du débiteur. Et ce n'est pas une particularité du louage de choses. Dans le louage d'ouvrage la solution est la même : « Dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, dit l'article 1788, si la chose vient à périr de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier. » L'ouvrier se trouvant dans l'impossibilité de remplir son obligation, le maître est dégagé de la sienne. Les risques sont pour l'ouvrier débiteur de l'ouvrage. Bien plus, « si dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, la chose vient à périr, quoique, dit l'article 1790, sans aucune faute de la part de l'ouvrier..... l'ouvrier n'a pas de salaire à réclamer. » En pareille matière l'ouvrier supporte le poids du hasard, du cas fortuit et de la force majeure. Pourquoi ? parce qu'il est débiteur et que la règle du consentement conduit à mettre les risques à la charge du débiteur : ou tout au moins il y a là une coïncidence remarquable.

Ce n'est pas tout. Il est un cas où même pour les obligations de donner et concernant non pas des choses de genre, mais des objets certains, les risques sont par le

Code Civil attribués au débiteur. « Lorsque, dit l'article 1182, l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. Si la chose est entièrement périée sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte... » Cette disposition doit, croyons-nous, être entendue dans un sens tout à fait général, car loin de constituer comme on le prétend assez ordinairement, une exception et une dérogation, elle est bien plutôt l'application stricte des principes, et en particulier de la règle du consentement dont la conséquence est de mettre les risques à la charge du débiteur. Voyons les résultats.

J'ai promis de fournir un meuble ou un immeuble déterminés. Il y a une condition suspensive prévue au contrat. Cette condition se réalise mais auparavant la chose due a péri par cas fortuit. Je suis libéré de mon obligation. Mais si le contrat était synallagmatique, celui avec qui j'ai contracté est lui aussi libéré de son obligation et par suite les risques sont à ma charge. Si le contrat était unilatéral, au moment où j'ai fait ma promesse, je recevais quelque chose en échange de mon obligation. Autrement celle-ci serait sans cause et nulle *ab initio*. J'avais obtenu soit une somme d'argent, soit une remise de dette. Après la perte de la chose due par cas fortuit ou force majeure, mon créancier *sub conditione* pourra, semble-t-il, agir soit en répétition de ce qu'il a versé, soit en paiement de ma dette antérieure. Dans un cas comme dans l'autre, les risques sont donc supportés en dernière analyse par le débiteur. Allons même jusqu'à considérer, bien que ce soit sortir de la sphère du contrat proprement dit, une obligation unilatérale à titre gratuit, une donation faite sous condition suspensive et portant sur un meuble ou un immeuble déterminés. En cas de perte par cas fortuit ou force majeure, le donateur se trouve libéré de son obligation de donner. Mais d'autre part il ne pourra rien exiger non plus du donataire. Celui-ci ne sera plus tenu des charges, s'il y

en avait. Et il ne serait plus, le cas échéant, obligé de fournir les aliments dont parle l'article 955. Par suite, les risques sont pour le donateur — c'est-à-dire pour le débiteur.

*Res perit creditori !* Que nous sommes loin de la règle traditionnelle que le Code Civil a consacrée expressément dans l'article 1138. Elle ne s'applique, il est vrai, comme on vient de le voir, ni aux obligations de faire ou de ne pas faire, ni aux obligations *in genere*, ni même aux obligations de chose certaine affectées d'une condition suspensive (1), et se trouve ainsi restreinte aux obligations de donner portant sur des choses certaines, soit pures et simples, soit à terme. Pourtant elle est regardée non pas comme une disposition exceptionnelle, mais bien comme le principe même qui domine la matière du risque. Telle est du moins l'interprétation ordinairement admise, et appuyée sans aucun doute sur l'esprit et sur les expressions mêmes du Code Civil.

Pour peu qu'on suive toujours les principes qui nous ont guidés jusqu'ici, on aboutirait aisément à démontrer

---

(1) En cas de condition résolutoire quelle solution admettre ? Si l'on suit la doctrine précédemment examinée et qui traite la condition résolution comme une condition suspensive inverse, le créancier primitif devenu débiteur sous condition suspensive supporte conformément à l'article 1182 la charge des risques. Si en cas de vente la chose périt par cas fortuit il n'en devra pas moins le prix et s'il l'a versé, n'aura pas d'action pour le répéter. Suivant la théorie dont nous avons tracé l'esquisse, il en serait autrement et c'est même ici l'une des conséquences pratiques les plus notables de la distinction. Si la condition résolutoire se réalise (dirait-on alors) le contrat tombe pour le tout puisque le consentement n'a pas été donné pour cette hypothèse. Les droits acquis dans l'intervalle s'évanouissent. Quant aux risques, comment pourraient-ils être à la charge du créancier primitif qui maintenant, le contrat anéanti par l'événement de la condition, n'est même plus du tout créancier et doit être réputé ne l'avoir jamais été ? Il ne sera donc plus débiteur du prix de vente, et s'il a payé, il pourra agir en répétition. Les risques reviennent ainsi au débiteur primitif. — On remarquera qu'au texte, nous n'avons parlé ni du dépôt, ni du commodat, ni de l'article 1867 en matière de société, ni enfin de l'article 100 du Code de Commerce pour en tirer ce qui intéresse la question du risque. Mais, outre qu'il était ici sans doute inutile d'examiner cette question dans toute son étendue, il est facile de comprendre pourquoi dans les quatre cas qui viennent d'être énumérés, les risques sont attribués au propriétaire.

que là encore les risques devraient être à la charge du débiteur et non pas du créancier. La règle du consentement conduirait en effet à ce résultat même pour les obligations de choses certaines, pures et simples ou à terme, et l'article 1184 inclinerait dans le même sens. Le créancier ne s'est obligé, n'a donné son consentement qu'en vue d'obtenir la chose due. Celle-ci disparue par cas fortuit ou force majeure, il devrait être libéré ou recouvrer ses droits anciens (dans le cas par exemple d'une remise de dette). Et il est vrai de dire que l'une des deux parties n'a pas satisfait à son obligation, que par suite l'autre partie peut demander la résolution en invoquant l'article 1184. Telle serait la conclusion que la logique pure tirerait de la règle : pas de contrat sans consentement.

On sait pourtant que cette conclusion était déjà repoussée par le droit romain. « *Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* », dit Paul (1). De même, Alexandre Sévère : « *Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditæ contingit ad emptorem pertinet* (2) ». Même si la délivrance n'a pas eu lieu, même si elle a été retardée par la stipulation d'un terme, les risques sont pour le créancier. Et le texte d'Alexandre Sévère montre assez quelle raison de pure équité a dicté cette solution. Le créancier profite des chances favorables. Il semble donc juste qu'il supporte le poids de l'adversité. Ainsi se trouvent écartées les déductions de la pure logique et du même coup, l'application de la règle du consentement.

En droit français d'autres raisons viennent s'ajouter à celle-là. « L'obligation de livrer, dit l'article 1138, est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. » Or à quel moment a-t-elle dû être livrée ? La stipulation d'un terme

---

(1) L. 8, pr. D. *de peric. et com.*, XVIII, 6.

(2) L. 1. C. *de peric. et com.*, IV, 48.

retarde-t-elle ce moment ? A cette question, l'article 1589 contient par *a fortiori* une réponse décisive : « La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » Même au cas où un terme a été stipulé, l'obligation de livrer est retardée dans son exécution mais non dans son existence. Les risques seront dès lors pour le créancier, par application des principes auxquels sont soumises la propriété et ses transmissions.

Pour la seconde fois dans ce chapitre on voit éclater l'opposition entre les solutions admises par le Code Civil et les exigences d'une doctrine rigoureusement déduite de la règle d'après laquelle il n'y a pas de contrat sans consentement. Bien plus, tandis qu'en matière de rétroactivité procédant de la condition, le Code Civil s'était du moins efforcé de suivre le parti de la logique, on le voit ici renoncer complètement à cette même logique, car il répudie le principe qui mettrait les risques à la charge du débiteur pour admettre le principe précisément opposé : les risques au créancier. On est désormais, pour comprendre les dispositions relatives aux risques, contraint d'oublier qu'aux termes de l'article 1108, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle du contrat. Il est vrai de dire, en effet, que dans le cas où les risques sont pour le créancier, un contrat reste valable en dehors des conditions pour lesquelles le consentement a été donné et contrairement au principe de l'article 1184. Et le Code Civil est conduit à ces dispositions par des principes qui tirent leur origine non de la nature de la volonté, mais des exigences de la vie juridique et des institutions sociales.

---



### CHAPITRE III

#### **La volonté et les actions directes.**

Il nous reste à examiner un dernier aspect du problème de la volonté dans le contrat. Puisque le contrat est formé par l'accord des volontés individuelles, il semble nécessaire que ses dispositions ne puissent être invoquées que par les parties contractantes elles-mêmes. Et c'est, en effet, ce qu'affirme, en termes sans équivoque, l'article 1165: « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » N'est-il pas évident que puisque la volonté est uniquement la forme consciente et réfléchie de notre activité, on ne peut vouloir que pour soi-même? Aussi pourrait-on traiter comme vérité superflue et par trop certaine, l'article 1119, quand il vient énoncer qu'« on ne peut s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ».

Mais voici que des auteurs d'une considérable autorité n'hésitent pas à déclarer aujourd'hui que l'article 1119 est une erreur (1), une simple inadvertance commise par des rédacteurs un peu distraits. Et en fait cet article semble bien difficile à concilier avec plusieurs institutions juridiques parfaitement établies. Tout d'abord, l'article 1122 dispose que l'on est censé avoir stipulé, non seulement pour soi, mais aussi pour ses héritiers et ayants cause. Sans doute personne n'ignore par quelle fiction les héritiers sont regardés en droit comme continuant la personne

---

(1) Voyez Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, II, p. 335-337.

du défunt. Pourtant il n'y en a pas moins là une première atteinte au principe d'après lequel dans un contrat chacun n'engage que sa propre volonté. Une autre atteinte bien plus profonde et plus visible vient de l'article 1121 qui valide les stipulations au profit d'un tiers « lorsqu'elles sont la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre ». « Celui qui a fait cette stipulation, ajoute l'article, ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Du contrat sort ainsi un système de relations juridiques où figure comme bénéficiaire un personnage étranger au contrat. On sait combien le développement des assurances sur la vie a rendu fréquente cette situation.

D'autre part on peut se demander si en accordant au mandataire le pouvoir que le droit romain, peut-être plus logique que le nôtre, lui déniait, le pouvoir de représenter la personne du mandant, on ne fait pas d'un homme le simple véhicule, si l'on ose dire, de la volonté d'un autre. Pour peu que l'on poursuive ces réflexions, on remarquera que dans la subrogation, un tiers retire le bénéfice d'un contrat, avec tout son cortège de sûretés réelles ou personnelles ; que, dans la délégation, deux contrats complètement distincts sont combinés l'un à l'autre de façon à créer un lien juridique entre un créancier et un débiteur qui n'ont pas contracté ensemble et pouvaient s'ignorer mutuellement au moment où sont intervenus les contrats ; qu'enfin dans la cession de créance, un tiers jusqu'alors tout à fait étranger au contrat vient par substitution y jouer le rôle de créancier en profitant des cautions, des privilèges et des hypothèques. Et l'on comprendra pourquoi il a fallu une évolution si longue, et dont l'histoire du droit romain et du droit français nous fait connaître les étapes successives, pour que l'on arrivât à reconnaître sans réserve la validité de ces opérations juridiques.

Ces faits sont déjà dignes d'attention et par leur nombre, et par l'importance de chacun d'eux. Mais dans plusieurs hypothèses d'une application, il est vrai beaucoup

moins large, il est impossible de ne pas voir des dérogations de la plus notable gravité à ce principe que les conventions ne créent de relations juridiques qu'entre ceux qui ont participé à sa formation, et ne doivent profiter ou nuire qu'aux parties contractantes ; en un mot à ce principe que les clauses d'un contrat ne peuvent jamais être invoquées par des tiers étrangers au contrat. Nous voulons parler des trois cas où — du moins suivant la jurisprudence — le Code accorde une action directe à des tiers, savoir : celui du mandat, prévu par l'article 1994 : « Le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée » ; celui des baux à loyer, prévu par l'article 1753 : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie » ; enfin, celui de constructions faites à l'entreprise, pour lesquelles l'article 1798 accorde aux ouvriers une action « contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où l'action est intentée. »

On sait qu'aux termes de l'article 1166 : « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». C'est l'*action oblique* qui permet au créancier notamment de jouer le rôle de demandeur au lieu et place du débiteur sans même posséder de sa propre créance un titre exécutoire (1), ou, comme défendeur, d'invoquer la péremption d'un jugement antérieurement prononcé contre son débiteur, faute d'exécution dans les six mois (2). Mais en dépit de ces avantages, le créancier n'agit pas alors de son propre chef. S'il exerce un droit ou une action, c'est toujours pour son débiteur auquel il se substitue en quelque sorte. La règle d'après laquelle « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes »

---

(1) Voyez notamment Réq. 8 juillet 1901, D. P., 01, 1, 498.

(2) Voyez Nancy, 19 février 1890, D. P., 91, 2, 283.

est donc ici respectée au moins dans une certaine mesure. Mais dans une action directe que le créancier prétend exercer de son propre chef, en son propre nom, où il s'adresse au débiteur de son débiteur sans invoquer d'autres droits que ceux qu'il possède par lui-même, n'est-il pas évident que s'il peut arguer des clauses et conditions du contrat, il tirera profit d'une convention à laquelle il n'a pas participé ? Voyons donc si dans les trois cas où la loi autorise l'action directe quelque autre explication serait possible.

\*\*\*

Précisons tout d'abord le sens de l'action directe et empruntons un exemple au mandat. Je donne à un agent de change en province plusieurs actions nominatives et je le charge d'en négocier la vente. Je le constitue ainsi mon mandataire. Or, voici qu'à son tour il envoie mes actions avec un transfert en blanc à l'un de ses confrères à Paris. Celui-ci devient alors le mandataire de mon mandataire, en d'autres termes, un mandataire substitué. Pour réclamer le paiement du prix et demander des comptes sur l'exécution du mandat, à qui puis-je m'adresser ? (1) D'abord et sans aucun doute au premier mandataire. Mais rien ne m'empêche non plus d'agir contre le mandataire substitué. Je pourrais s'il est encore débiteur de mon premier mandataire agir par l'action oblique de l'article 1166. Je me substituerais ainsi à la personne de mon débiteur, et j'intenterais l'instance en son nom. *Mais je puis aussi — et en toute hypothèse — invoquer l'article 1994 et agir en mon propre nom et de mon propre chef contre le mandataire substitué.* Telle est l'action directe.

Cette dernière procédure offre de considérables avantages. D'abord, je m'adresserai au mandataire substitué sans avoir à m'inquiéter du premier mandataire et d'un règlement de comptes qui aurait pu se produire entre eux.

---

1° Voyez Civ. r., 22 mars 1875, D. P., 75, 1, 204.

J'obligerai le mandataire substitué à me rendre, à moi personnellement, compte de sa mission. Mais surtout, je n'aurai pas à redouter la compensation intervenue, peut-être, entre le mandataire primitif et le mandataire substitué s'ils sont en rapport d'affaires. Comme j'agis de mon chef, cette compensation ne m'est pas opposable (1).

Remarquons maintenant que je n'invoquerai pas contre le mandataire substitué les clauses du premier mandat. Il ne doit compte que du mandat qu'il a reçu lui-même du premier mandataire. Et pour que je puisse l'actionner, une seule condition est requise. Il faut que le mandataire substitué ait eu connaissance que son mandant était lui-même le mandataire d'un tiers (2) et agissait en cette qualité (3). A l'inverse, le substitué peut agir directement contre le mandant pour peu qu'il ait su notoirement que le mandataire agissait pour le mandant (4).

Ainsi dans un contrat où je n'ai joué aucun rôle, j'interviens en mon nom personnel. Et réciproquement je puis être actionné en vertu d'un mandat où je n'ai pas été partie. Fait surprenant ! Un créancier et un débiteur qui ne sont pas liés ensemble par la foi d'un contrat, dont les volontés ne se sont pas accordées en vue de former de réciproques obligations, bref qui ne devraient rien être l'un pour l'autre, n'en sont pas moins dans la même situation que s'ils avaient contracté ensemble. Le créancier a les mêmes droits, le débiteur les mêmes charges. D'où vient donc le lien juridique ?

L'opinion de Laurent au sujet de l'action directe avait le mérite appréciable de la plus parfaite logique. Il partait de ce principe, qu'en dehors des hypothèses de

---

(1) Voyez Paris, 3 février 1866, D. P., 70, 1, 20. Il y a encore plusieurs autres conséquences sur lesquelles il a paru inutile d'insister ici.

(2) Voyez Rég. 30 avril 1895, D. P., 95, 1, 337.

(3) Lyon, 7 décembre 1859, D. P., 60, 2, 8. — Civ. r., 23 février 1874, D. P. 74, 1, 389.

(4) Voyez Trib. civ. Seine, 4 janvier 1893, 12 août 1898, 27 mars 1832, J.-G. Maudet, 317 ; Rég. 4 novembre 1863, D. P. 64, 1, 35.

délits, quasi-délits et quasi-contrats, il n'y a pas d'obligation sans un contrat et que tout contrat suppose entre les parties un accord de volontés. Par là, il était conduit à nier l'existence de toute action directe en matière de louage entre le bailleur et le sous-preneur. Pour qu'il y eût action directe il faudrait, disait-il, un lien juridique — et il n'y en a pas. Le locataire est tenu envers le propriétaire par un contrat. Le sous-locataire est tenu envers le locataire par un autre contrat. Mais entre le propriétaire et le sous-locataire, il n'y a rien. Le propriétaire peut agir contre le sous-locataire par l'action oblique de l'article 1166, en exerçant les droits et actions de son débiteur, le locataire primitif. Mais il ne peut de son propre chef exercer aucune action contre le sous-preneur.

Laurent étendait la même solution de la sous-location à la cession de bail, invoquant cette raison que, si le cessionnaire a bien acheté les droits du preneur primitif, il s'est peu soucié d'acheter aussi ses obligations. Et la conclusion qui se dégage de cette doctrine, est l'exacte contrepartie de l'opinion adoptée aujourd'hui par la jurisprudence. Volontiers, Laurent accorderait au cessionnaire une action directe contre le bailleur, car le cessionnaire a succédé aux droits et actions du preneur-primitif. Mais le bailleur, lui, n'a que la ressource de l'action oblique. L'action directe, de son côté, serait incompréhensible.

Peut-être après tout, cette interprétation ne serait-elle pas contraire aux termes, assez vagues, de l'article 1753. Mais la jurisprudence semble aujourd'hui bien établie et à peu près inébranlable. La cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'action directe par des arrêts nombreux. Un arrêt du 24 janvier 1853 (1) déclare que le propriétaire a contre le sous-locataire non seulement un droit de saisie sur les meubles garnissant les lieux loués, mais d'une manière générale une action personnelle. Il peut donc pratiquer une saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur du

---

1 D. C., 53, 1, 124.

sous-locataire. Décision remarquable si l'on songe que de droit commun, les créanciers ne peuvent pas, en dehors de toute subrogation, pratiquer une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers sur les sommes dues par celui-ci non pas à leur débiteur, mais à un débiteur de leur débiteur (1). Un autre arrêt (2) vient interdire au sous-locataire d'opposer au propriétaire les exceptions qu'il aurait contre le preneur primitif, notamment la compensation. Enfin un arrêt du 13 janvier 1892 (3) pose le principe important que le propriétaire possède une action directe non seulement à raison du loyer non payé, mais encore pour la responsabilité en cas d'incendie énoncée par l'article 1733, bien que cette responsabilité ne soit pas de nature délictuelle, et prenne sa source dans le contrat de sous-location. En présence de ces décisions, il serait superflu de nier l'existence de l'action directe. Le seul parti à prendre est de chercher à l'expliquer.

Guillouard s'est efforcé de ramener l'action directe issue du contrat de location, à l'action directe qui naît du mandat (4), croyant sans doute par ce moyen la rendre plus facilement explicable. D'après lui le locataire principal pour sous-louer userait d'un mandat dont il serait investi par le bailleur primitif. Celui-ci se trouverait ainsi représenté dans le contrat de sous-location, et même il y figurerait comme partie principale. Quant au locataire, il n'aurait d'autre rôle que celui d'intermédiaire, il agirait non pour lui-même, mais pour le bailleur. Pourtant ce mandat n'aurait rien d'explicite. Il serait donné au preneur par ce simple fait que le bailleur ne lui aurait pas enlevé la faculté de sous-louer. Disons mieux : le mandat en question dériverait de la loi qui déclare dans l'article 1717 :

---

(1) Paris, 10 novembre 1904, S., 05, 2, 171. — Paris, 22 novembre 1905, S., 06, 2, 30.

(2) Civ. c., 2 juillet 1873, D. P., 73, 1, 412.

(3) D. P., 92, 1, 509 et la note.

(4) Voyez Guillouard, *Traité du contrat de louage*, 3<sup>e</sup> édition, f. 1, n° 339.

« Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite... Cette clause est toujours de rigueur. »

Explication ingénieuse. Toutefois elle conduit à une conséquence que Guillouard lui-même a très bien vue et que, pour sa part, il accepte. Puisque le locataire principal a joué uniquement le rôle d'intermédiaire, le rapport juridique véritable s'est établi entre le bailleur et le sous-preneur. Dès lors il y aura sans nul doute action directe dans les deux sens. Le bailleur pourra intenter une action contre le sous-preneur, mais à l'inverse une action sera donnée au sous-preneur contre le bailleur. Or la jurisprudence n'admet pas qu'il en soit ainsi. A son avis, le sous-preneur n'a pas d'action directe contre le bailleur. La ressource de l'action oblique prévue par l'article 1166 lui est seule ouverte (1). Allons plus loin. Si le bailleur représenté par le locataire primitif, d'après la théorie de Guillouard, a directement traité avec le sous-preneur, celui-ci ne pourrait être expulsé des lieux loués que pour des raisons à lui personnelles. Ici encore la jurisprudence est en sens contraire. Il a été jugé que l'expulsion du locataire primitif entraîne l'expulsion du sous-locataire en vertu de l'adage : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (2).

D'autre part ne s'étonnera-t-on pas à juste titre de ce mandat légal dont le preneur primitif se trouverait investi par l'article 1717. Sans doute il existe des mandats tacitement donnés et tacitement acceptés. Mais encore faut-il que le mandant ait conscience de la mission dont il désire charger le mandataire, et que le mandataire de son côté ait conscience de donner son acceptation. Car « le mandat, déclare l'article 1984, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose

---

(1) Aix, 9 mai 1878, D. P., 70, 2, 116. — Réc. 31 juillet 1878, J.-G. Louage, 429.

(2) Paris, 13 mars 1869, Cass., 27 mai 1872, D. P., 1, 403 ; 21 juillet 1872, D. P., 74, 1, 24.

pour le mandant et en son nom. *Le contrat ne se forme* que par l'acceptation du mandataire. » Rien de tel dans l'hypothèse présente. Notamment, le locataire principal serait mandataire sans le vouloir, et sans le savoir, mandataire malgré lui. C'est dans son intérêt propre qu'il contracte avec le sous-preneur. Et il serait, par l'effet de la loi, mandataire d'un autre ! Pour admettre cette idée, il faudrait, pour le moins, un texte formel, que l'article 1717 ne fournit pas.

Mais peut-être ne s'agit-il pas d'un mandat véritable. Guillaouard sans doute a voulu seulement ramener l'action directe du bailleur contre le sous-locataire au principe général du mandat. C'est une interprétation large qu'il nous propose. Même en la prenant ainsi ferait-on disparaître toute difficulté ? Il semble, il est vrai, tout-naturel, aujourd'hui, de reconnaître la possibilité d'actions directes entre le mandant et les tiers avec lesquels le mandataire est entré en relation. Un arrêt déclare même en termes formels que : le mandant possède une action directe contre tous ceux qui, en connaissance de cause, ont pris part à l'exécution du contrat, pourvu que ce soit en leur nom et non pas à titre de conseillers officieux ou de salariés (1). Pourtant, nous avons déjà indiqué que l'idée de représentation dans le mandat n'était pas sans porter atteinte à la règle : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. » C'est par là, semble-t-il, que s'explique la répugnance du droit romain à reconnaître la possibilité de la représentation bien plutôt que par le formalisme propre aux institutions juridiques primitives.

Si maintenant on se reporte à l'action directe de l'article 1994, accordée par la loi en cas de substitution de mandat, on arrive, en ce qui la concerne, à peu près aux mêmes conclusions. Elle peut, en effet, être exercée dans « tous les cas », c'est-à-dire, d'après le texte, même si le mandataire n'avait pas « reçu le pouvoir de se substituer

---

(1) D. P., 97, 2, 12,

quelqu'un ». Dans cette hypothèse le mandant n'a donc pas consenti à la substitution. En conséquence, il est impossible de le regarder, même par une fiction, comme ayant participé au contrat de substitution. Il n'y a donc pas lieu de parler de représentation. Le mandant est bien vraiment un tiers. Il pourra cependant se comporter tout comme s'il avait été partie au contrat. Il lui sera loisible d'invoquer toutes les clauses de la convention intervenue entre le mandataire et le substitué. Une seule condition, nous l'avons vu sera requise, savoir que le substitué n'ait pu ignorer l'existence du premier mandat.

Le luxe des ingéniosités resterait inutile. Il y a bien là deux contrats superposés, emboîtés si l'on veut l'un dans l'autre. Mais l'action directe ne dérive ni de l'un, ni de l'autre, ni même de leur synthèse. Le mandant a traité avec son mandataire. Le mandataire, à son tour, a traité avec le mandataire substitué. Mais le mandant et le substitué n'ont pas contracté ensemble et devraient rester étrangers l'un à l'autre. De même pour la sous-location. Le bailleur a traité avec le locataire principal. Le locataire à son tour a traité avec le sous-preneur. Mais le bailleur et le sous-preneur ne sont pas liés l'un à l'autre par l'accord de leurs volontés. Dans les deux cas, l'action directe ne saurait tirer son origine de la volonté, ni même, plus exactement, du consentement des parties. Et les deux règles : « point de contrat sans consentement » et : « on ne peut s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même », sont également méconnues.

\*\*\*

Mais peut-être ne suffit-il pas d'avoir montré que les actions directes admises en cas de substitution de mandat et de sous-location, ne peuvent à aucun titre être considérées comme des effets provenant de l'accord des volontés. Cet effet, que la loi crée de sa propre autorité, et qu'elle impose à certains contrats, ne pourrait-on en déterminer

le principe ; en d'autres termes ne pourrait-on montrer pourquoi dans ces hypothèses la loi intervient plus ostensiblement que dans la généralité des contrats ?

Il n'est pas nécessaire de se livrer à de bien longues recherches pour découvrir la raison de l'action directe accordée au bailleur dans le contrat de sous-location. Par rapport au contrat de sous-location, le bailleur n'est pas un tiers quelconque. C'est le propriétaire de la chose louée. Tel est le titre dont il tient la faveur qu'on lui accorde. Quelques décisions sont à cet égard assez explicites. Un arrêt de Bordeaux déclare qu' : « en droit, un propriétaire est toujours recevable, sauf à justifier qu'il y est fondé, à critiquer l'occupation des lieux lui appartenant, et dans lesquels il trouve des sous-locataires qui s'y sont introduits avant ou sans son approbation. Il n'agit pas alors comme faisant valoir les droits de son locataire, mais il puise son droit en lui-même et dans l'occupation des lieux par le sous-preneur » (1). D'autre part en cas de sous-locations successives, comment d'après la jurisprudence, se règlent les rapports juridiques entre le bailleur primitif et chacun des sous-locataires ? Aura-t-il une action directe contre chacun d'eux ? Voici la réponse des arrêts : « Le propriétaire a d'abord une action contre le locataire principal — en vertu du contrat qu'il a passé avec celui-ci. Mais quant aux sous-locataires ou aux cessionnaires du bail, le propriétaire n'a d'action directe qu'à l'égard de ceux qui sont encore en jouissance au moment où l'action est intentée. » Contre les sous-preneurs intermédiaires, qui ont cessé d'être en jouissance, le propriétaire ne possède que la ressource de l'action oblique accordée à tout créancier par l'article 1166 (2). Enfin n'est-ce pas justement parce que le bailleur primitif tient son action directe dans le contrat de sous-location, de son

---

(1) Bordeaux, 30 juillet 1868, sous req., 28 juin 1869, D. P., 71, 1, 223.

(2) Nous résumons l'arrêt Paris, 29 février 1876, D. P., 77, 2, 224. Cf. Cass. 19 juin 1876, D. P., 77, 1, 57.

titre de propriétaire, que le sous-locataire n'a, lui, comme nous l'avons vu, qu'une action oblique contre le bailleur primitif? Dans toute autre explication, il faudrait accorder l'action directe dans les deux sens. Il n'y aurait aucune raison de refuser à l'un ce que l'on accorde à l'autre (1).

Qu'on y prenne garde toutefois, l'action directe ne dérive pas du droit de propriété lui-même. Elle a bien son origine dans le contrat de sous-location à titre d'effet, non de la volonté des parties, mais d'une disposition légale. Dans l'esprit dont elle s'inspire, l'action directe apparaît ici comme une sorte d'action *de in rem verso*. Le propriétaire peut agir contre le preneur parce que c'est de lui, propriétaire, que vient la valeur dont profite le sous-preneur. Le locataire principal ne sera toujours au fond qu'un bailleur fictif, car ce n'est pas dans son propre patrimoine qu'il prend la chose louée. Cette interprétation est en somme assez voisine de celle que Labbé a très bien mise en lumière. D'après ce juriste éminent « le créancier doit avoir un privilège sur le montant des créances que son débiteur n'a pu acquérir à l'encontre d'un tiers que, grâce à une avance par lui faite, ou à un préjudice subi par lui (2). » Mais Labbé, encore attaché à la théorie d'après laquelle le contrat n'est rien de plus que l'accord des volontés individuelles, rejette la possibilité d'une action directe proprement dite au profit du bailleur primitif. Et par là il se trouve en opposition avec la jurisprudence. Il n'accorde au propriétaire qu'un privilège spécial, auquel il donne

---

(1) On pourrait ajouter un autre argument dans le même sens. En matière de vente, la jurisprudence semble accorder encore au sous-acquéreur une action directe contre le vendeur tant pour le recours en cas d'éviction (Cass. 12 novembre 1884, S. 86, 1., 149) que pour la garantie des vices cachés (Bordeaux, 11 janvier 1888, S., 91, 2, 5.). Cette action directe pourrait-elle s'expliquer autrement que par un rapport créé non par les contrats de vente successifs, mais par la transmission de l'objet lui-même? Et ne pourrait-on pas dire en ce sens qu'elle est réelle, c'est-à-dire née « *re* » ou si l'on préfère inhérente à la chose même?

(2) Note sous S., 76, 2, 329, et dans *Revue critique*, 1876, p. 571 sqs.

comme base « un principe général d'équité », ce qui peut paraître un peu vague dans une question où, semble-t-il, on ne saurait apporter trop de précision.

Les explications qui précèdent visent uniquement l'action directe du propriétaire contre le sous-preneur. Mais il est assez facile de ramener au même principe les deux autres actions directes, savoir : celle du mandant contre le mandataire substitué, et celle des ouvriers contre « celui pour qui les ouvrages ont été faits » en matière de constructions faites à l'entreprise.

Le mandant ne pourra pas toujours invoquer le titre de propriétaire. Pourtant dans toutes les ventes par mandataire et dans toutes les opérations analogues, qu'elles portent sur des immeubles ou sur des meubles — par exemple sur des titres nominatifs comme on l'a vu plus haut — la chose pour laquelle le mandat et la substitution de mandat se sont formés, appartient bien au mandant. Même en dehors de ces hypothèses, s'il n'est pas propriétaire, du moins est-il le « maître de l'affaire ». C'est à son initiative, à son instigation, que l'opération se réalisera. Voilà pourquoi il peut agir directement contre le substitué, en invoquant les clauses de la substitution. On est comptable envers lui de tout ce qui a été fait pour l'exécution du mandat parce que le mandat et toutes les suites qu'il comporte ne doivent pas tourner au profit d'un autre. Aussi l'action directe dans ce cas offrira-t-elle plusieurs différences avec l'action directe du propriétaire contre le sous-locataire. D'abord à supposer qu'il y ait eu plusieurs substitutions de mandat, tous les substitués intermédiaires pourront être actionnés directement tout comme le dernier substitué. Telle est la jurisprudence (1). En second lieu, puisqu'il est « maître de l'affaire », et en retire le profit, il doit aussi être responsable de ses conséquences fâcheuses. Les substitués pourront donc à leur tour agir directement

---

(1) Cas., 19 juin 1876, D. P., 77, 1, 57. — Autre arrêt, D. P., 97, 2, 12.

contre lui, ce que le sous-locataire (1), d'après les arrêts précédemment cités, ne peut faire contre le bailleur primitif.

On pourrait se demander si dans certaines situations qui ne sont pas sans quelque lointaine analogie avec celle du mandat, la substitution produirait également une action directe. La question ne paraît pas avoir été très nettement tranchée pour la substitution de dépôt (2). Mais on sait qu'aucune action directe n'est possible pour les substitutions qui peuvent se produire en matière de société. Si l'un des membres de la société principale forme avec un tiers une société secondaire dans le but de partager les bénéfices et les pertes de la part sociale, le tiers — appelé ordinairement croupier — ne peut agir directement contre les autres associés, ni à l'inverse être directement actionné par eux. Un jugement du tribunal de Commerce de la Seine justifie cette solution de la manière que voici : « Dès l'instant que la cession est intervenue entre le croupier et son cédant, sans le concours ou tout au moins l'approbation tacite des co-associés, elle n'a pas fait naître de rapport juridique direct entre l'associé et les cessionnaires. Ce rapport serait nécessaire pour servir de base à des actions directes réciproques » (3). On pourrait objecter qu'entre le mandant et le mandataire substitué, il n'y a pas non plus de « rapport juridique direct » si ce n'est celui que la loi est venue créer par l'action directe. D'où vient alors que l'action directe est donnée dans un cas et ne l'est pas dans l'autre ? C'est qu'aucun des co-associés n'est dans la situation du mandant qui, lui, nous l'avons vu, est *maître de l'affaire*. C'est donc bien à ce titre que le mandant possède une action directe.

---

(1) Trib. civ. Seine, 4 janvier 1893 ; Récq. 4 novembre 1863, D. P., 64, 1, 35.

(2) Voyez pourtant dans le sens de l'action directe (pour le déposant à titre de propriétaire), Gand, 30 juillet 1891 ; Belgique jud. 1891, 1493.

(3) 14 décembre 1891, J. G. S., Société 542.

Arrivons enfin à la troisième action directe dont nous n'avons jusqu'à maintenant presque rien dit, celle que l'article 1798 accorde aux ouvriers employés à des travaux faits à l'entreprise. Ici encore la jurisprudence est très ferme pour admettre que les ouvriers agissent non par l'action oblique en se substituant à l'entrepreneur, mais bien en vertu d'un droit propre et personnel (1). Quelles peuvent-être les raisons d'en décider ainsi ?

L'action des ouvriers est donnée, on s'en souvient, contre « celui pour qui les travaux ont été faits ». Or n'est-ce pas lui précisément qui retirera le profit des travaux exécutés, n'est-il pas en un certain sens « le maître de l'affaire » et ne devient-il pas propriétaire des ouvrages ? L'entrepreneur n'est ainsi qu'un intermédiaire. Au lieu de s'adresser à celui-ci — et particulièrement en cas de faillite et d'insolvabilité pour éviter le concours des autres créanciers — les ouvriers auront le droit d'agir directement contre le maître des ouvrages, en tant qu'il possède cette qualité. Ajoutons d'ailleurs que les ouvriers en donnant leur travail ont fait entrer une valeur non dans le patrimoine de l'entrepreneur, mais bien dans le patrimoine de celui pour qui les ouvrages ont été exécutés. Il s'en est enrichi. Il en devra compte directement à ceux qui lui ont fourni cette valeur.

Aussi cette action directe n'aurait-elle pas lieu contre un entrepreneur général. Celui-ci n'est pas maître et propriétaire des ouvrages. Contre lui on aura seulement la ressource de l'action oblique. C'est justement ce que décide la jurisprudence : « L'entrepreneur général, en cas de sous-traité, n'est pas directement et personnellement responsable envers les ouvriers employés par les sous-traitants (2). » Il ne le serait que si le cahier des charges

---

(1) Douai, 30 mars 1833, J. G. Louage d'ouv., 417 ; Besançon, 16 juin 1863, D. P., 63, 2, 403 ; Trib. civ. de la Seine, 31 août 1866, D. P., 71, 5, 250.

(2) Civ. c., 23 janvier 1900, D. P., 1900, 1, 324 ; Cf. Réc. 16 mars 1898, D. P., 99, 1, 324.

contenait à cet égard une stipulation expresse — et alors l'action serait basée sur l'article 1121 non sur l'article 1798 — ou encore — et c'est la confirmation de notre théorie — s'il se trouvait jouer malgré tout le rôle de maître des ouvrages en recueillant personnellement le profit du travail.

Ainsi donc dans les trois actions directes admises par le Code Civil et la jurisprudence, la volonté des contractants n'a pas de part. Force est donc bien de reconnaître qu'elles sont entièrement créées par la loi. Bien plus, elles s'expliquent toutes les trois par un principe qui n'a rien de spécialement contractuel et que nous avons même rapproché à certains égards de celui de la responsabilité (1). Le principe en question est celui de l'action de *in rem verso*. En sorte qu'après avoir concouru à titre de condition essentielle, sous le nom de cause juridique à la formation du contrat, ce principe est encore le seul qui puisse rendre compte de ces trois actions directes qui sans lui risqueraient fort de demeurer d'indéchiffrables énigmes.

---

(1) Voyez chapitre I, *Théorie de la cause juridique*.

## CONCLUSION

---

C'est une opinion assez répandue qu'à notre époque la formidable multiplicité des relations sociales, résultat d'une activité commerciale fiévreuse et pourtant toujours grandissante, a lentement substitué à l'ancien contrat qui se formait, dit-on, par l'accord réciproque des volontés, un contrat nouveau, le contrat d'adhésion, dont l'offre (ou pollicitation) est le principe essentiel. Quant à nous, notre intention s'est bornée à l'étude de la volonté dans le contrat tel qu'il se présente au Code Civil, parce que nous tenions à le prendre sous une forme en quelque sorte classique — où déjà il se trouve entièrement libéré du formalisme primitif, sans être encore pourtant engagé dans la voie qui conduit aux formes d'obligations unilatérales. La conclusion qui ressort de nos analyses est à peu près celle-ci. On peut concevoir une théorie du contrat reposant uniquement sur le principe de l'accord des volontés et sur le consentement des parties contractantes. Ainsi enfermé dans les limites de sa pure doctrine le contrat aurait pour loi une sorte de Destin logique. Dans cette construction vigoureuse tout se tiendrait et s'enchaînerait, et le contrat pourrait dès lors offrir l'exemple et le modèle d'une véritable mathématique du droit, d'une science juridique purement démonstrative et déductive, où partant comme principe et comme prémisse de la volonté individuelle et du consentement, on gagnerait de proche en proche les plus lointaines conséquences par une longue chaîne de théorèmes.

Mais cette science rigoureuse qui fut le rêve de plusieurs générations de juristes, apparaît aujourd'hui comme impossible. Même la théorie du contrat telle qu'on la trouve au Code Civil contient des dispositions absolument contraires au principe de l'accord des volontés, à la règle du consentement, et à leurs conséquences nécessaires. C'est qu'une institution juridique n'est pas une théorie élaborée par l'esprit d'un homme, mais une réalité vivante qui doit obéir aux lois de la vie. Si fort que soit le Destin logique dont nous parlions, il a dû céder devant la nécessité de lois plus hautes. Du milieu social lui-même, de sa constitution statique et dynamique, comme eût dit Auguste Comte, sortent des lois plus impérieuses que toutes les logiques, plus impérieuses que la voix du législateur auquel elles doivent s'imposer, parce qu'elles sont la réalité même, parce qu'elles sont les lois de la nature sociale — lois contre lesquelles toute révolte serait vaine, lois auxquelles, suivant la fameuse parole, on ne peut commander qu'en leur obéissant.

La volonté individuelle apparaît ainsi dans le contrat comme de plus en plus fuyante et insaisissable. Reconstituée en partie d'après le système des présomptions légales et des présomptions du juge, elle n'est presque plus qu'une simple fiction. D'autre part, quant à son efficacité, elle est de plus en plus restreinte et limitée. Le contrat devient une institution composite, presque hybride, où tous les principes se mêlent. Des dissonances s'annoncent au sein de l'harmonie primitive. Surtout le contrat s'oriente dans le sens de cette loi de toutes les lois sociales, manifestation dans l'ordre des réalités sociales de la causalité qui gouverne toutes les réalités du monde physique, savoir, la responsabilité. A certains moments, lorsqu'il s'agit de ses effets, la théorie du contrat n'est plus qu'une simple application des principes de la responsabilité. Ainsi le contrat vient se subordonner à une idée plus vaste et qui lui prête un peu de sa signification profonde.

Mais n'est-il pas possible d'aller plus loin encore ?

Non seulement le contrat ne sort pas tel quel de la volonté ; non seulement il n'a pas pour principe essentiel unique la volonté ; mais bien plus, on peut se demander si la volonté en elle-même présente un sens juridique ou si plutôt elle n'est pas en dernière analyse un simple fait, analogue à tant d'autres, de nature physique biologique ou psychologique auxquels, du dehors en quelque sorte, viennent s'appliquer les principes juridiques.

1° Au moment où le contrat se forme, déjà un principe juridique intervient, celui de la cause, telle que nous l'avons définie : l'équilibre des prestations. 2° Pour les effets du contrat, ils procèdent de l'idée de responsabilité, au moins en ce qui touche aux dommages et intérêts. 3° Les actions directes admises dans certains cas au profit de tiers étrangers au contrat, s'expliquent par les principes de la propriété et aussi par celui de l'action *de in rem verso*. Entre les trois principes de la cause, de responsabilité et *de in rem verso*, nous avons d'ailleurs, chemin faisant, signalé l'existence des rapports les plus étroits. 4° Enfin les conséquences logiquement nécessaires de la volonté, savoir : la rétroactivité de la condition, et l'attribution des risques au débiteur, nous sont apparues comme étroitement limitées ; bien plus : souvent même *comme anéanties* par l'influence, soit des principes hypothécaires (pour nous en tenir aux remarques les plus importantes), soit des principes auxquels sont soumises la propriété et ses transmissions. Au lieu de sortir de la volonté, toute la théorie du contrat semble donc résulter de l'action exercée par des institutions sociales sans rapport avec la volonté des contractants. Sans doute la volonté individuelle est le point de départ, *l'occasion* grâce à laquelle les principes juridiques seront, pour ainsi dire, mis en mouvement. Ce n'est pas d'elle pourtant que la théorie du contrat tire sa substance, mais de principes qui lui sont étrangers, au milieu desquels elle se perd, au point qu'il devient difficile souvent d'en retrouver le moindre vestige.

Ainsi la volonté ne peut entrer dans le droit et paraî-

tre y jouer un rôle que par l'intervention de ces principes, avec lesquels elle n'offre ni communauté d'origine, ni communauté de nature. Car ces principes ne dérivent pas de la conscience individuelle, mais de la réalité sociale : ce sont les lois sociales mêmes, lois objectives et nécessaires par lesquelles sont régies les sociétés humaines, avec autant de fatalité que le mouvement des mondes par l'attraction universelle.

Vu :

Lyon, le 14 février 1921.

*Le Président,*  
HUVELIN.

Vu :

Lyon, le 15 février 1921.

*Le Doyen de la Faculté,*  
L. JOSSERAND.

**Permis d'imprimer :**

Lyon, le 17 février 1921.

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,

Pour le Recteur, et par délégation :  
*Le Vice-Président du Conseil de l'Université,*  
L. JOSSERAND.



